



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

EDUARDO SODRÉ CASTRO

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS E NA LEI DO PREGÃO: uma análise dos
efeitos das penalidades na Administração Pública Federal**

Brasília

2016

EDUARDO SODRÉ CASTRO

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS E NA LEI DO PREGÃO: uma análise dos
efeitos das penalidades na Administração Pública Federal**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a obtenção do
grau Bacharel em Direito pela
faculdade de Ciências Jurídicas e
Ciências Sociais -FAJS do Centro
Universitário de Brasília- CEUB.

Orientador: Prof. Carlos Orlando
Pinto

Brasília

2016

EDUARDO SODRÉ CASTRO

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS E NA LEI DO PREGÃO: uma análise dos
efeitos das penalidades na Administração Pública Federal**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a obtenção do
grau Bacharel em Direito pela
faculdade de Ciências Jurídicas e
Ciências Sociais -FAJS do Centro
Universitário de Brasília- CEUB.

Orientador: Prof. Carlos Orlando
Pinto

Brasília, ____ de _____ de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Carlos Orlando Pinto, Me.

Prof. Examinador João Ferreira Braga, Dr.

Prof. Examinador Salomão Almeida Barbosa, Me.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico almeja realizar uma análise das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, principalmente no que se refere aos efeitos das sanções de suspensão temporária, de declaração de inidoneidade e de impedimento de licitar e contratar. Inicialmente se analisa o surgimento da Lei nº 8.666/93 e as peculiaridades oriundas da inclusão da modalidade pregão nas licitações públicas através da promulgação da Lei nº 10.520/02. Verifica-se o poder-dever da administração pública de instaurar procedimentos administrativos sancionatórios e os princípios aplicáveis a tais procedimentos. Posteriormente, analisam-se as peculiaridades de cada uma das sanções previstas na lei geral de licitações e na lei do pregão, debruçando-se sobre as características da advertência, da multa moratória, da multa compensatória, da suspensão temporária, da declaração de inidoneidade e do impedimento de licitar e contratar. No derradeiro capítulo, os estudos desta monografia voltam-se ao entendimento do Tribunal de Contas da União-TCU, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Advocacia Geral da União – AGU, do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Ministério da Transparência, especificando as divergências de posicionamento desses órgãos e atentando-se às consequências dessa interpretação divergente, relacionando o assunto à segurança jurídica e analisando a viabilidade jurídica de uniformidade das decisões exaradas nos processos administrativos sancionadores.

PALAVRAS-CHAVE: Sanções Administrativas. Suspensão Temporária. Declaração de Inidoneidade. Impedimento de Licitar e Contratar. Efeitos das sanções administrativas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:	
ASPECTOS GERAIS.....	11
1.1 O surgimento da Lei n.º 8.666/93, de 21 de junho de 1993, como uma tentativa de padronização de procedimentos.....	15
1.2 O Princípio da Eficiência e o surgimento da Lei n.º 10.520, de 17 de julho 2002.....	17
1.3 O Inadimplemento Contratual e o poder-dever de sancionar	22
1.4 A prerrogativa das cláusulas exorbitantes e a sua incidência nos processos sancionadores	27
2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS SANCIONADORES	29
2.1 Princípio da Legalidade	30
2.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa	33
2.3 Princípio da Motivação	36
2.4 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	37
2.5 Princípio da Discricionariedade.....	40
3 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
3.1 O Ilícito Administrativo e o fluxo do processo de sanção na Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	42
3.2 Penalidades Previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.....	46
3.2.1 Advertência	52
3.2.2 Multa Sancionatória ou Compensatória	53
3.2.3 Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos	54
3.2.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública	55
3.2.5 Impedimento de licitar e contratar	57
4 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA, DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (Artigo 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR (Artigo 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)	59
4.1 O entendimento e a aplicabilidade prática pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pela Advocacia Geral da União (AGU).....	61

4.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle	73
4.3 O conflito entre o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU e do Superior Tribunal de Justiça – STJ e a viabilidade jurídica da uniformidade dos efeitos das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002	76
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

A Administração Pública pauta as suas atividades no atendimento ao interesse público, que é formado por diversas necessidades as quais o poder público detém a atribuição de satisfazê-las direta ou indiretamente. Nesse sentido, as licitações e contratações administrativas possuem função primordial na proteção dos interesses coletivos.

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações abrangem incontáveis atos da administração em todas as esferas federativas. A compra de uma viatura, o aluguel de um carro oficial, a aquisição de um espectro de fiscalização de telecomunicações, a compra de computadores e de materiais de expediente são pequenos exemplos em comparação às numerosas atividades de competência dos administradores públicos.

Nesse sentido, os órgãos e entidades componentes da administração direta e indireta não possuem a capacidade de realizar todas essas atividades diretamente, sendo necessária a contratação de pessoas físicas ou jurídicas alheias à estrutura administrativa para desempenhá-las.

Essas contratações não podem ser realizadas de forma arbitrária pelos representantes do Estado, havendo a necessidade, portanto, de se observarem as diversas normas que disciplinam o tema, almejando-se sempre o serviço que melhor atenda ao interesse público.

Nessa seara, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, adveio com o intuito de regulamentar as aquisições públicas, dispondo acerca dos procedimentos das licitações e dos contratos administrativos, e posteriormente a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, introduziu a modalidade pregão nas contratações públicas, com o intuito de proporcionar maior celeridade nos procedimentos licitatórios, visando à desburocratização dos procedimentos previstos na lei geral de licitações e contratos.

Ao realizar licitações públicas e celebrar contratos administrativos, a administração encontra-se sujeita ao inadimplemento de alguma regra por parte do particular que se relaciona juridicamente com o poder público. Nesse contexto, a administração pública detém o poder-dever de instaurar um processo administrativo específico para apurar a conduta deflagrada e posteriormente aplicar a penalidade, caso se confirme a ocorrência do ilícito pela instrução processual.

Assim, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, não se limitaram a dispor acerca dos procedimentos de licitação e de contratação, apresentando também um rol de sanções administrativas que devem ser aplicadas em virtude de descumprimentos obrigacionais por parte das empresas.

A previsão de penalidades é essencial no atendimento ao interesse público e no cumprimento do objetivo de tais dispositivos legais, já que toda e qualquer tentativa de desvio de finalidade pública deve ser investigada e repelida por parte da administração.

O estudo das sanções administrativas requer, portanto, a análise das diversas nuances atinentes ao tema, observando-se a sua necessidade dentro das licitações e dos contratos administrativos e principalmente a sua importância no atendimento ao interesse público. Ora, se a atuação do representante do estado não pode ocorrer de forma arbitrária, inadmissível seria que o particular pudesse celebrar acordos com o poder público e descumpri-los sem qualquer consequência mais grave.

Diante do disso, o intuito do presente trabalho é analisar essas diversas nuances do tema, aprofundando-se quanto às penalidades administrativas previstas na legislação brasileira, aos princípios que regem os procedimentos sancionadores, à aplicabilidade prática do tema e aos efeitos atribuído às sanções dentro do governo federal.

Almeja-se analisar a importância da previsão de sanções administrativas na prevenção à prática de ilícitos administrativos, adentrando-se às características do rito processual de penalização e ao seu fundamento jurídico.

Nesse sentido, o primeiro capítulo deste trabalho acadêmico dispõe acerca dos aspectos gerais das Licitações e Contratos administrativos, tratando do surgimento da Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993, como uma tentativa de padronização de procedimentos e aprofundando-se sobre a importância dessa lei no combate às arbitrariedades e aos desvios de finalidades públicas.

Abordar-se-á, ainda, a inclusão do Princípio da Eficiência no “caput” do Artigo 37 da Constituição Federal, analisando-se a influência da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 nos processos de aquisições públicas e consequentemente nas sanções administrativas, dispondo acerca do objetivo da promulgação da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Ainda no capítulo inicial, adentrar-se-á à identificação dos ilícitos administrativos e do consequente poder-dever da administração em instaurar um processo administrativo específico para apurar tal conduta, atentando-se quanto à característica das sanções serem consideradas uma cláusula exorbitante se comparadas aos contratos celebrados sob a égide do direito privado.

No segundo capítulo, haverá a análise das peculiaridades do processo sancionador, abordando-se os princípios aplicáveis ao tema, recorrendo-se pormenorizadamente acerca das características de cada um.

No terceiro capítulo, adentrar-se-á às principais definições do rol de sanções previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, aprofundando-se em relação a cada uma das penalidades e às disposições doutrinárias quanto ao tema.

O derradeiro capítulo analisará o âmbito de incidência das sanções de suspensão temporária, declaração de inidoneidade (Lei nº 8.666/93) e impedimento de licitar e contratar (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/05) e o entendimento e aplicabilidade prática quanto ao tema pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, anteriormente denominado de Controladoria Geral da União (CGU),

pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela Advocacia Geral da União (AGU) e pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Por fim, ressaltar-se-á a relevância e a contemporaneidade do assunto sobre sanções administrativas, uma vez que, diante do grande número de contratos celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública em todos os níveis da federação, os casos em que o poder público atua na punição de contratados, mediante processos administrativos específicos, são cada vez maiores.

Ademais, a divergência doutrinária quanto ao âmbito de incidência da aplicação das sanções previstas legalmente, principalmente no que se refere à suspensão temporária de participação em licitação, à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública e o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, previstas respectivamente nos incisos III, IV, do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, requer estudo aprofundado, tendo em vista a abordagem divergente de alguns órgãos e as consequências práticas que isso ocasiona.

1 LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS GERAIS

O estudo aprofundado das sanções administrativas requer uma análise dos institutos jurídicos dos contratos e das licitações públicas. A aplicação de uma penalidade administrativa decorre justamente da legitimidade que é outorgada por lei aos órgãos e entidades representativos da administração pública para apurar e penalizar os descumprimentos de alguma regra do procedimento licitatório ou prevista no contrato administrativo.

A administração pública, para desempenhar as atividades inerentes ao atendimento do interesse público e ao próprio funcionamento da estrutura administrativa, realiza procedimentos licitatórios e celebra contratos administrativos com particulares¹.

A atuação em concreto da administração pública depende da realização de atividades que não são prestadas diretamente pelos seus órgãos e entidades, sendo necessária a contratação de pessoas alheias à sua composição para a execução de serviços, obras e o fornecimento de bens, com a finalidade de manter o funcionamento da estrutura administrativa, bem como atender aos anseios dos administrados.

O contrato é um acordo de vontades que tem o objetivo de criar tanto obrigações quanto direitos de forma recíproca, sendo acordado de forma livre pelas partes contratantes. Tratando-se de negócio jurídico bilateral e comutativo, pressupõe liberdade e capacidade das partes do contrato para se obrigarem a tal, requerendo um objeto lícito com forma prescrita em lei. Mesmo se tratando de figura típica do direito privado, a administração pública faz pleno uso do instituto do contrato, com suas devidas adaptações para a realidade dos

¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

negócios públicos, sendo regidos pelo direito público e focados no atendimento do interesse público².

Os contratos administrativos diferenciam-se dos contratos gerais firmados sob a égide do direito privado em virtude da supremacia do interesse público envolvido. A relação jurídica formada nos contratos de direito privado caracteriza-se pela horizontalidade, em que os sujeitos da relação jurídica se nivelam, enquanto que nos contratos administrativos a administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, havendo uma posição de verticalidade³.

Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles:

No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao contrato em meio de sua execução. São essas peculiaridades que caracterizam o contrato administrativo e o distinguem do contrato privado.⁴

Observa-se, portanto, que os interesses tutelados pela administração pública possibilitam a obtenção de certas prerrogativas não estendidas aos particulares que integram o outro polo contratual. Assim, a posição das partes contratantes nos ajustes celebrados por pessoas jurídicas representantes do poder público difere daquela observada nos contratos gerais regidos pelo Direito Civil.

Quanto aos ajustes celebrados pela administração pública, há um gênero denominado contratos da administração, que abrange os conceitos de

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 223.

contratos administrativos ⁵ e de contratos privados firmados pela Administração⁶.

Os contratos administrativos detêm maior incidência das normas de direito público, com as suas devidas prerrogativas, enquanto que, nos contratos privados firmados pela administração, o negócio jurídico regula-se predominantemente pelas regras gerais do direito privado, ou seja, não há as prerrogativas e restrições inerentes à administração pública⁷.

Os contratos administrativos são acordos celebrados pela administração pública, que, atuando em consonância com o atendimento do interesse público, e sob os ditames do direito público, firma relação jurídica com particulares ou com outras entidades administrativas⁸.

Observa-se, portanto, que a característica primordial para a caracterização de um contrato administrativo, diferenciando-o dos contratos de direito privado firmados pela administração pública, é a utilização das normas de direito público pelo polo representativo do poder público.

Essa espécie do gênero contratos da administração representa as situações em que a administração detém prerrogativas não extensivas aos sujeitos celebrantes de contratos privados. Isso decorre da supremacia do interesse público envolvido.

Ocorre que esses ajustes exigem diversas formalidades. Dentre essas, a celebração de contratos administrativos pressupõe prévia licitação, que pode ser dispensada, dispensável ou inexigível apenas nos casos expressamente

⁵ “A expressão contratos da administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública (...) a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 263.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁷ CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

previstos⁹. Importa dizer que “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo e o contrato é o conseqüente lógico da licitação¹⁰”.

Nesse sentido, dispõe o inciso XXI, do Artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37, XXI. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹¹

A licitação¹² é, portanto, um procedimento administrativo integrado por atos e fatos da administração e do licitante a fim de que se forme a vontade contratual entre o poder público e o particular que ofereceu a proposta mais vantajosa para a administração.

O procedimento administrativo em epígrafe desenvolve-se por uma série concatenada de atos vinculantes para a administração e para os licitantes, o que proporciona tratamento isonômico quanto às oportunidades oferecidas aos

⁹ “O artigo 37, XXI, da Constituição, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixados, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória [...] A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288 e 289.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹² Licitação é “o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 373.

participantes do certame e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos¹³.

Os interessados apresentam suas propostas de acordo com as condições estabelecidas no instrumento convocatório, e a administração seleciona, entre essas, a que melhor atende o interesse público, de acordo com os ditames legais¹⁴.

Nesse sentido, a adjudicação do objeto licitado não ocorre de forma arbitrária pelo administrador, uma vez que este se encontra vinculado a entregar o objeto ao vencedor do certame na hipótese da administração confirmar o interesse na celebração do contrato. Trata-se do princípio da Adjudicação Compulsória¹⁵.

Destarte, conclui-se que os contratos administrativos são precedidos em regra de um procedimento administrativo formal, que almeja proporcionar uma disputa isonômica e selecionar a proposta que melhor atenda aos interesses públicos. Esse procedimento denomina-se licitação pública¹⁶.

1.1 O surgimento da Lei n.º 8.666/93, de 21 de junho de 1993, como uma tentativa de padronização de procedimentos

Licitações e contratações públicas requerem um estudo aprofundado acerca das suas nuances e das legislações que regem tais assuntos, tendo em

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵ “Com relação ao princípio da adjudicação compulsória, significa, segundo Hely Lopes Meirelles (2003:267), que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor [...] a expressão adjudicação compulsória é equívoca, porque pode dar a idéia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 388.

¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

vista que, por estarem relacionadas com a utilização do erário, demandam especial atenção por parte dos administradores públicos.

Nos termos do inciso XXVII, do artigo 22, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, §1º, III¹⁷”.

Nessa seara, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a chamada lei de licitações e contratos administrativos, adveio com o intuito de regulamentar todo o procedimento de contratação pública, desde a fase interna da licitação até a fiscalização dos contratos¹⁸.

As aquisições públicas necessitavam de uma padronização quanto ao seu procedimento e a lei de licitações foi fundamental nesse sentido, tendo em vista que regulamentou a atuação do administrador público por preceitos normativos, que são de observância imperativa. Isso propiciou um ganho imensurável no combate à corrupção e às manobras que até então eram observadas nos certames públicos.

A lei em epígrafe estabelece as normas gerais sobre licitação para todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), podendo estes estabelecer regras específicas de incidência em sua respectiva esfera¹⁹.

O Princípio Federativo é basilar no ordenamento jurídico brasileiro, visto que obteve especial relevância no texto da Constituição Federal. Entende-se, assim, que o estabelecimento de normas gerais não consiste numa restrição para a autonomia federativa²⁰.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

A vinculação de normas gerais editadas pela União que invadissem a autonomia dos demais entes federativos, quanto a assuntos de interesse eminentemente local, violaria a forma de estado adotada pela República Federativa do Brasil. É possível que os estados, os municípios e o Distrito Federal estabeleçam normas específicas acerca de licitações e contratações públicas, sempre se norteando pelas disposições gerais da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O advento dessa lei contribuiu para a diminuição da pessoalidade dos representantes do Estado na condução dos certames licitatórios. O cargo público não pode ser utilizado para a satisfação de interesses pessoais. Nesse sentido, a existência de uma lei que regulamenta a forma como a administração adquire os produtos e os serviços prestados por terceiros, sempre com o intuito do atendimento ao interesse público, é essencial no combate aos desvios da finalidade pública.

1.2 O Princípio da Eficiência e o surgimento da Lei n.º 10.520, de 17 de julho 2002

A administração da “res pública” exige a observância de maiores formalidades quanto aos procedimentos a serem tomados para o atendimento do interesse público. O artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988 exigiu que todas as compras e contratações realizadas pelo poder público fossem feitas através de um processo licitatório. Nesse contexto que surgiu a Licitação Pública.

Conforme abordado anteriormente, em 21 de junho de 1993 foi promulgada a Lei de Licitações e Contratações Públicas, que trouxe para o Direito Administrativo brasileiro 5 (cinco) modalidades de licitações²¹, sendo

²¹ “As licitações são classificadas em diferentes modalidades, conforme as peculiaridades do respectivo procedimento, ou do objeto do futuro contrato administrativo a ser celebrado. A Lei 8.666/1993 prevê em seu art. 22, somente cinco diferentes modalidades de licitação – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão [...] É interessante registrar que a Lei nº 8.666/1993 expressamente declara vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades nela referidas (art. 22, §8º)” ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 619.

elas o Concorrência²², a Tomada de Preços²³, o Convite²⁴, o Concurso²⁵ e o Leilão²⁶.

Ocorre que a preocupação da lei de licitações e de contratos administrativos com a regulamentação e com a padronização das compras públicas acarretou algumas críticas pelo excesso burocrático das aquisições públicas, que se tornaram excessivamente longas e ineficientes, atrasando a prestação dos serviços.

O momento histórico da promulgação da Lei geral de licitações exigia a limitação da discricionariedade dos representantes públicos nas contratações, como uma forma de se normatizar o procedimento e combater a pessoalidade, os favorecimentos e a corrupção na máquina administrativa. Posteriormente surgiu a necessidade de adaptação desse regulamento às novas necessidades dos administrados, que passaram a exigir resultados mais ágeis e satisfatórios no atendimento de seus interesses.

Esses novos parâmetros da administração pública advieram da emergência da administração gerencial²⁷, voltada para os resultados,

²² “Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”. BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 22, §1º.

²³ “Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 22, §2º.

²⁴ “Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas” BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 22, §3º.

²⁵ “Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias” BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 22, §4º.

²⁶ “Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação” BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 22, §4º.

²⁷ “Administração Pública Gerencial constitui um avanço, e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isso não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da

principalmente com o plano diretor da reforma do aparelho do Estado²⁸, e com a inclusão do princípio da eficiência no caput do artigo 37²⁹ da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Trata-se do mais moderno princípio da administração pública, que deixou de exigir que seus agentes atuassem apenas com legalidade e moralidade, exigindo que os resultados fossem ágeis e satisfatórios para a sociedade. Infere-se, portanto, que “a eficiência está relacionada ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes³⁰”.

Nessa seara, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, almejou a obtenção de resultados mais eficientes nas contratações públicas. Com foco na aquisição de bens e serviços comuns, o principal objetivo dessa nova modalidade foi tornar os processos licitatórios mais ágeis, simplificados e econômicos, de forma que se alcançassem melhores resultados³¹.

A modalidade licitatória Pregão surgiu como uma grande inovação na administração pública brasileira, tendo sido elaborada com o objetivo principal de respeitar o princípio da eficiência, bem como de trazer a possibilidade de contenção de despesas na contratação de bens e serviços.

qual conversa, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental”. GRANJEIRO, J. Wilson. *Administração Pública*. 14. ed. Brasília: Gran Cursos, 2010, p. 289.

²⁸ “A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Este plano diretor focaliza sua atenção na administração pública federal, mas muitas das suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal”. GRANJEIRO, J. Wilson. *Administração Pública*. 14. ed. Brasília: Gran Cursos, 2010, p. 286.

²⁹ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 37. Brasília: Senado Federal, 2010.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 25 e 26.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Por esse motivo, essa modalidade licitatória deve ser necessariamente adotada nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencialmente utilizada a sua forma eletrônica.

Diante disso, com esse enfoque na primazia da eficiência e na maior celeridade no atendimento do administrado, percebe-se que o Pregão buscou contribuir para um maior avanço social. Sendo a modalidade utilizada para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios, qualquer que seja o valor estimado da contratação, a disputa ocorre pela interposição de propostas e lances em sessão pública³².

Na modalidade pregão, a habilitação é fase posterior ao julgamento das propostas, diferentemente do que ocorre nas demais modalidades constantes na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Tal habilitação far-se-á primeiramente com a verificação de que o licitante está em situação regular com os órgãos fiscais da administração pública (Fazenda Nacional, Seguridade Social, etc.), havendo a possibilidade de recurso por parte de qualquer licitante em função de tal ato declaratório³³.

Além da inversão nas fases de habilitação e proposta, o que facilita a aplicação da modalidade pregão é também o fato de ele ser mais qualitativo que quantitativo, ou seja, a lei não determina especificamente um valor mínimo ou máximo de contratação por pregão, estipulando apenas que seja realizado para aquisição de bens e serviços comuns. Estes são entendidos pela doutrina como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado³⁴”.

Salienta-se que a modalidade pregão, de acordo com o artigo 5º do Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, “não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e

³² BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão. Art. 2º.

³³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão. Art. 1º.

alienações em geral³⁵”, ou seja, ressalvadas essas exceções, a modalidade pregão pode ser utilizada para contrato de qualquer valor, sem necessidade de obedecer a uma respectiva faixa de preço.

Quanto à eficácia e a eficiência da modalidade pregão, não há discussão doutrinária, pois esta comprovadamente cumpre com a sua obrigação. Entretanto, discute-se hodiernamente acerca do desuso das demais modalidades de licitação e na necessidade de atualização da Lei de licitações e contratos administrativos.

A grande quantidade de contratações realizadas pelo poder público atualmente rege-se sob os trâmites da modalidade da lei dos pregões públicos, em razão da maior celeridade conferida ao procedimento. Ocorre que esse diploma legal determina que as contratações regidas por ela limitam-se aos bens e serviços comuns, tornando-se claro, portanto, que não é qualquer compra que possa ser realizada pela modalidade pregão.

Diante da grande quantidade de serviço a que estão submetidos os administradores públicos e das numerosas regras burocráticas que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, impõe, a administração opta por realizar o pregão, enquadrando os bens e serviços como comuns para que se viabilize o procedimento. Daí os inúmeros questionamentos acerca da possibilidade jurídica dessas manobras.

Desta forma, observa-se que ocorreu uma grande mudança estrutural no procedimento licitatório com as inovações trazidas pelo Pregão, principalmente no que concerne à celeridade e eficiência trazidas em comparação às demais modalidades, já que a inversão da ordem das fases de habilitação e de propostas reduziu o número de recursos da fase de habilitação (só se habilita a proposta já decidida como mais vantajosa) e destravou consideravelmente o procedimento licitatório³⁶.

Em contrapartida, o benefício oriundo da criação do Pregão acarretou uma maior rigidez na forma de punir o particular que descumprir alguma

³⁵ BRASIL. Decreto nº 3555 de 8 de agosto de 2000. Regulamentação da modalidade de licitação pregão. Art. 5º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 6 jun. de 2016.

³⁶ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

exigência do procedimento licitatório, principalmente para evitar que particulares sem condições de participar da licitação o façam, evitando-se que se verifique na fase de habilitação que o licitante apresentou proposta sem as condições necessárias para receber a adjudicação do objeto licitado, punindo-se aqueles que movimentaram a atuação da administração sem a observância das condições impostas no instrumento convocatório³⁷.

1.3 O Inadimplemento Contratual e o poder-dever de sancionar

A administração, ao realizar procedimentos licitatórios e celebrar contratos administrativos, encontra-se sujeita ao inadimplemento por parte dos licitantes e dos contratados, o que, diante da supremacia do interesse público envolvido, possibilita a aplicação de sanções administrativas aos particulares.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, não se limitaram a orientar o processo de aquisição e contratação da Administração Pública, no tocante aos tipos e modalidades de licitações e aos contratos administrativos, mas também se preocuparam em cominar penalidades àqueles que cometem infrações administrativas.

Percebe-se que “a previsão do estabelecimento de sanções é primordial para o cumprimento do objetivo da lei mencionada, pois o interesse público deve ser protegido de todo e qualquer ato que estabeleça desvios de finalidade pública³⁸”.

Verificada a ocorrência do descumprimento de um contrato administrativo ou de uma regra de um processo licitatório, o administrador tem o dever de instaurar processo específico para apurar o inadimplemento, observando-se os princípios constitucionais e do Direito Administrativo que guardem relação com os processos punitivos.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

³⁸ ABREU JÚNIOR, Cláudio J. *Impedimento de licitar e contratar: observância da conjunção de alternatividade “ou”*, 2014. p. 7. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/impedimento-de-licitar-e-contratar-observancia-da-conjuncacao-de-alternatividade-ou/#.V-NQIFsrKM8>>. Acesso em: 6 jun. de 2016.

No âmbito das penalidades aplicadas por descumprimentos observados durante as licitações públicas, a deflagração de processo administrativo sancionador é incumbência do profissional responsável pelo processo licitatório, da comissão de licitação ou do pregoeiro, dependendo da modalidade licitatória. A esse responsável atribui-se a competência da identificação da infração administrativa estabelecida no instrumento convocatório e a prestação de informações à área ou autoridade competente para apuração das irregularidades verificadas³⁹.

Já em relação às sanções propostas no bojo de contratos administrativos, a instauração do processo sancionador é de competência da área responsável pela fiscalização dos contratos⁴⁰. Dessa forma, o acompanhamento contratual pelo gestor ou pelo fiscal mostra-se fundamental na verificação de ilícitos administrativos que ensejam a aplicação de penalidades⁴¹.

Trata-se de poder-dever⁴² do administrador público, tendo em vista que, uma vez identificada a infração, este se encontra vinculado à instauração do processo sancionador.

Não se trata, portanto, de mera faculdade do poder público, em que o administrador poderia atuar ou não a seu critério, uma vez que tal prerrogativa

³⁹ ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei n° 8.666/1993 e da Lei n° 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015.

⁴⁰ “[...] fiscalização é prerrogativa do poder público, estabelecendo que o acompanhamento contratual deve ser realizado por um representante da Administração designado para tal atividade. O fiscal designado é responsável pelo registro de todas as ocorrências relacionadas à execução contratual e deve agir de maneira a regularizar faltas observadas durante a fiscalização contratual”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 257.

⁴¹ ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei n° 8.666/1993 e da Lei n° 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015.

⁴² “Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão [...] Assim [...] não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo [...] Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

é indisponível, devendo ser exercido em consonância com os parâmetros legais, inadmitindo-se abusos e desvios⁴³.

Corroborando com esse entendimento Cláudio J.:

O administrador público tem o dever de instauração do processo sancionador diante da verificação de um descumprimento obrigacional no processo licitatório e nos contratos administrativos. Assim, não há discricionariedade na decisão de apurar um descumprimento obrigacional, pois se trata de um ato plenamente vinculado, em decorrência do poder sancionador da Administração Pública.⁴⁴

Depreende-se, portanto, que poderes administrativos são prerrogativas conferidas à Administração para que esta atenda aos interesses da coletividade. Conceituam-se “como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins⁴⁵”.

Ressalta-se que, embora de conceitos bem semelhantes, o Poder Sancionador difere do Poder Disciplinar, uma vez que este se opera no âmbito interno da própria organização estatal e aquele se aplica em detrimento de interesses não-estatais, especificamente contra sujeitos e interesses para-estatais, uma vez que o particular se sujeita ao poder sancionador apenas no decorrer do contrato administrativo ou da participação em licitações públicas⁴⁶.

Marisa Pinheiro conceitua sanção administrativa como “a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, e, se necessário,

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁴ ABREU JÚNIOR, Cláudio J. *Impedimento de licitar e contratar: observância da conjunção de alternatividade “ou”*, 2014. p. 19. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/impedimento-de-licitar-e-contratar-observancia-da-conjuncacao-de-alternatividade-ou/#.V-NQiFsrKM8>>. Acesso em: 6 jun. de 2016.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

com a utilização dos meios coercitivos, tal que previsto no próprio ordenamento jurídico⁴⁷”.

Nesse mesmo sentido, dispõe VITTA:

[...] é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.⁴⁸

Verifica-se, assim, que a sanção administrativa é a prerrogativa conferida ao poder público para sancionar administrativamente aqueles que optam por se submeter às regras de um edital de licitação pública ou aqueles que celebram contrato com o algum órgão ou entidade pública, possuindo função relevante no atendimento ao interesse público, que pauta a atividade fim da administração pública⁴⁹.

As penalidades administrativas são aplicadas por ato administrativo, no qual se materializa a atuação da administração em virtude do descumprimento da norma. A imposição da sanção relaciona-se à executoriedade, ou seja, aos atos materiais que visam à satisfação do conteúdo do ato administrativo sancionador⁵⁰.

Quanto a isso, imperiosa faz-se a citação do disposto por José Carlos Oliveira:

As sanções administrativas previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 correspondem a prerrogativas do Poder Público para garantir o interesse público nos contratos realizados

⁴⁷ CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. *Abrangência da Declaração de Inidoneidade para Licitações*. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/23262>>. Acesso em 08 de setembro de 2015, p.1.

⁴⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

⁴⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁰ OLIVEIRA, José Carlos. *Sanções Administrativas e Crimes Licitação. Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública*. 1. ed. São Paulo: Unesp Corporativa, 2012.

pela Administração com o particular, bem como a moralidade administrativa.⁵¹

Observa-se, portanto, que, para a celebração de um vínculo contratual, utilizam-se recursos públicos oriundos do esforço comum da população e busca-se satisfazer algum interesse de cunho coletivo, dessa forma a atuação do poder público na apuração e na punição dessas condutas corresponde a um dever da administração na tutela do interesse público.

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão emitiu em 2014 o Caderno de Logística acerca das sanções administrativas relativas a licitações públicas e contratos administrativos, o que ratifica o entendimento supracitado:

[...] As sanções são entendidas como uma consequência da inobservância ou observância inadequada a um comportamento descrito pela norma jurídica. Sua aplicação e registro devem ser realizados pelos órgãos e autoridades que detêm competência para fazê-lo. No caso de sanções administrativas em licitações e contratos, estas são consequências de um ato ou um conjunto de atos, praticados por licitantes e contratados da Administração Pública que causem prejuízo à Administração ou violem normas de observância obrigatória.⁵²

Outrossim, as penalidades administrativas possuem função primordial na segurança jurídica das relações estabelecidas com o poder público. Nesse sentido, dispõe Cláudio J. Abreu:

[...] as sanções administrativas são institutos que buscam o retorno ao status quo ante, ou seja, diante da verificação de determinada irregularidade, busca-se o retorno à normalidade, considerando que as cláusulas avençadas no processo licitatório e no contrato administrativo devem ser respeitadas e os gastos

⁵¹ OLIVEIRA, José Carlos. *Sanções Administrativas e Crimes Licitatórios. Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública*. 1. ed. São Paulo: Unesp Corporativa, 2012, p.234.

⁵² BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014, p.5. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 25 jun de 2016.

públicos devem ser protegidos de ações que visem ao atendimento de interesses particulares.⁵³

Assim, a administração detém a legitimidade para impor sanções aos violadores de contratos administrativos, uma vez que, apoiando-se nos princípios da Supremacia do Interesse Público e na Indisponibilidade do Interesse Público, detém função primordial na defesa do interesse público, não podendo quedar-se inerte perante prejuízos que lhe são causados.

1.4 A prerrogativa das cláusulas exorbitantes e a sua incidência nos processos sancionadores

Os contratos administrativos possuem características que os diferem dos contratos gerais regidos pelo direito privado. Isso decorre da supremacia do interesse público envolvido.

À Administração Pública conferem-se prerrogativas que não são estendidas ao particular que compõe o outro polo da relação jurídico-processual do contrato administrativo. Essas prerrogativas são denominadas cláusulas exorbitantes⁵⁴.

Corroborando com esse entendimento Hely Lopes Meirelles:

[...] Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo⁵⁵.

⁵³ ABREU JÚNIOR, Cláudio J. *Impedimento de licitar e contratar*: observância da conjunção de alternatividade “ou”, 2014. p. 7. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/impedimento-de-licitar-e-contratar-observancia-da-conjuncacao-de-alternatividade-ou/#.V-NQiFsrKM8>>. Acesso em: 6 jun. de 2016.

⁵⁴ “São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a administração em posição de supremacia sobre o contratado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 280.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.224.

Os ajustes firmados pela administração sob os ditames do direito público buscam o atendimento do interesse coletivo. Assim, as partes de um contrato administrativo não se encontram em igualdade, visto que são atribuídas à Administração Pública prerrogativas que lhe colocam em patamar de superioridade em face do particular. São as denominadas cláusulas exorbitantes, que constituem poderes conferidos pela lei à administração que extrapolam os limites comumente utilizados no Direito Privado⁵⁶.

A imposição de penalidades diretamente pela administração está atrelada ao controle do contrato⁵⁷, uma vez que a atividade de fiscalização do poder público tornar-se-ia inútil caso não se pudessem tomar medidas concretas de punição aos infratores. A cláusula exorbitante da aplicação de penalidades decorre da autoexecutoriedade⁵⁸ dos atos administrativos⁵⁹.

Nesse sentido, a faculdade de impor sanções administrativas constitui-se em uma cláusula exorbitante, uma vez que é uma prerrogativa inexistente nos contratos privados, sendo legalmente prevista nos contratos administrativos em virtude da supremacia da administração pública, já que esta represente o interesse público.

⁵⁶ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. A rescisão unilateral do contrato administrativo pelo poder público: possibilidade, limites e consequências. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-rescisao-unilateral-do-contrato-administrativo-pelo-poder-publico-possibilidade-limites-e-consequencias,39717.html>>. Acesso em: 10 jul. de 2016.

⁵⁷ “[...] o controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à Administração e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. Com efeito, desde que à Administração incubem a realização de obras públicas e a prestação de serviços à coletividade, há de ter a correspondente prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-los às exigências do momento, supervisionando, acompanhando e fiscalizando a sua execução ou nela intervindo”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 230 e 231.

⁵⁸ “A autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração Pública, independentemente de ordem judicial”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 171.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS SANCIONADORES

A imposição de uma sanção a um particular que descumpriu um contrato administrativo requer a instauração um processo administrativo específico para apurar as condutas que se atribuem ao acusado, estando presentes nesse procedimento alguns princípios do devido processo legal, como o contraditório, ampla defesa e a razoável duração do processo⁶⁰.

Os princípios são as normas gerais, de cunho abstrato, que fundamentam o sentido e determinam o alcance das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa⁶¹.

A carta magna do ordenamento jurídico pátrio preocupou-se com a atividade administrativa, reservando o Capítulo VII- Da Administração Pública, do Título III- Da Organização do Estado, para tratar das normas e princípios que regulam a atividade da Administração Pública no Brasil. Dentre essas disposições constitucionais, observam-se várias de aplicabilidade ao tema das penalidades administrativas.

A preocupação do constituinte originário com o Direito Administrativo decorre da relevância e da natureza jurídica dos direitos que tal matéria envolve, uma vez que o representante do Estado lida cotidianamente com interesses coletivos, que excedem o âmbito particular dos indivíduos, merecendo, portanto, atenção especial por parte do legislador.

Nesse contexto, o entendimento dos princípios que norteiam os processos sancionadores faz-se necessário, uma vez que esses fundamentam

⁶⁰ “É imperioso que a aplicação da penalidade seja justificada por parâmetros, senão objetivos, mas fulcrados nos princípios constitucionais pertinentes, como a proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, ampla defesa e impessoalidade. Assim, o procedimento necessário de apuração de responsabilidade deve respeitar o regramento necessário aos processos administrativos, inclusive garantias e princípios previstos na Lei nº 9.784/99”. CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.425.

⁶¹ “Os órgãos e entes da administração direta e indireta, na realização das atividades que lhes competem, regem-se por normas. Além das normas específicas para cada matéria ou setor, há preceitos gerais que informam amplos campos de atuação. São os princípios do direito administrativo. Tendo em vista que as atividades da administração pública são disciplinadas preponderantemente pelo direito administrativo, tais princípios podem ser considerados também princípios jurídicos da administração pública brasileira”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.139.

as normas que regulam tais processos administrativos, propiciando uma visão mais ampla e aprofundada do procedimento a ser tomado pelo administrador público na aplicação de penalidades⁶².

2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade norteia os mais diversos ramos da doutrina jurídica e no Direito Administrativo isso não é diferente. A legalidade nesse ramo do direito refere-se à necessária observância dos ditames legais pelos administradores públicos e por aqueles que se relacionam juridicamente com a Administração Pública⁶³.

A Constituição Federal dispôs expressamente acerca da necessidade da observância pela Administração Pública do princípio em apreço. Nesse sentido, imperiosa faz-se a citação do “caput” do artigo 37 da carta magna do ordenamento jurídico pátrio:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]⁶⁴

O Princípio da Legalidade possui aplicabilidade distinta em relação aos particulares e ao administrador público, uma vez que ao particular aplica-se o disposto no Artigo 5º, II da Constituição Federal, no qual se percebe que todos poderão fazer aquilo que lei não proíba, entendendo-se nesse caso o silêncio da lei como uma permissão. Nesses termos, dispõe o artigo supracitado:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;⁶⁵

⁶² PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87.

Em sentido contrário, o Princípio da Legalidade aplicável ao poder público é mais rigoroso, uma vez que o administrador só pode realizar aquilo que a lei expressamente autoriza, ou seja, a lacuna legal importa a proibição da prática de determinada conduta⁶⁶.

As sanções administrativas aplicadas em decorrência de descumprimentos de contratos celebrados entre particulares e o poder público, vínculo este estabelecido através de certame licitatório ou de dispensa ou inexigibilidade de licitação, foram previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e posteriormente na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Dispõe a lei de licitações e contratos administrativos:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.⁶⁷

A Lei que regulamenta a modalidade pregão previu a aplicação de penalidades nos seguintes termos:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e,

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87.

será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.⁶⁸

Ressalta-se que todas essas sanções administrativas merecem análise aprofundada acerca de suas características, de forma que serão objetos dos capítulos 3 (três) e 4 (quatro) do presente trabalho acadêmico, momento em que se analisará pormenorizadamente cada uns desses instrumentos penalizantes.

Dessa forma, a atuação da Administração Pública em punir aqueles que descumprem pactos atinentes ao atendimento do interesse público encontra respaldo legal, indo ao encontro do Princípio da Legalidade.

Nesse sentido, conclui-se que, de acordo com o princípio em epígrafe, a “Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei⁶⁹”.

Diogenes Gasparini manifestou-se quanto princípio em epígrafe, corroborando com o entendimento supracitado:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.⁷⁰

Observa-se, portanto, que a atuação administrativa deve seguir as disposições legais, atuando discricionariamente apenas quando houver autorização legal nesse sentido e dentro dos limites indicados pela norma. Diante da importância do interesse tutelado pela doutrina administrativa, o poder público jamais pode atuar de forma arbitrária, desviando-se da finalidade

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão. Art. 7º.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

⁷⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.61.

do atendimento do interesse público, por isso a imensa relevância do princípio em estudo⁷¹.

2.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

A aplicação de penalidades administrativas constitui uma interferência da Administração Pública em alguns direitos dos particulares, no qual o Estado, prevalecendo-se da supremacia do interesse público, impõe penalidades àqueles que descumprem um acordo firmado com o poder público.

Ocorre que, para a aplicação de sanções aos particulares que cometem ilícitos administrativos, é necessário instruir um processo administrativo sancionador específico, de forma que se conceda direito de defesa ao acusado. Assim, a aplicação de penalidades não pode ser exercida de forma arbitrária, devendo-se conceder o direito ao contraditório e à ampla defesa dos apenados⁷².

O Artigo 5º, LV da Constituição Federal dispõe que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁷³

Nesse contexto, entende-se como ampla defesa o oferecimento de todos os meios juridicamente possíveis para o exercício do direito de defesa e o contraditório como a garantia de manifestação quanto a todos os atos que lhe forem imputados no decorrer de um trâmite processual⁷⁴.

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷² OLIVEIRA, José Carlos. *Sanções Administrativas e Crimes Licitatórios*. Curso de Aperfeiçoamento em *Licitação e Contratação Pública*. 1. ed. São Paulo: Unesp Corporativa, 2012.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

No âmbito das sanções administrativas, ressalta-se que a instrução processual deve observar todas as formas de defesa legalmente previstas. Desde a notificação até o trânsito em julgado no âmbito administrativo, as alegações da empresa devem ser levadas em consideração, sob consequência de nulidade dos atos em virtude de cerceamento de defesa⁷⁵.

Dessa forma, o direito de defesa da sociedade empresária no curso do trâmite procedimental excede à simples apresentação de alegações, sendo primordial que tais alegações sejam consideradas e devidamente analisadas pelas autoridades que instruem o processos administrativos⁷⁶.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo na Administração Direta e Indireta federal, possui como princípios expressos o contraditório e a ampla defesa. Veja-se:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

PARÁGRAFO ÚNICO: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

X. garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.⁷⁷

Nota-se, portanto, que a própria lei que regula o processo administrativo federal atentou-se à importância do direito de defesa nos trâmites que possam resultar na aplicabilidade de alguma sanção. Qualquer restrição de direitos requer a prévia concessão de contrarrazões no exercício da aplicação de penalidades.

Outrossim, a lei geral de licitações também se reporta ao direito de ampla defesa e contraditório no § 2º do seu artigo 87, dispondo que “as

⁷⁵ SIMÕES, Odair Raposo. *Sanções Administrativas em contratos públicos*. 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25512/sancoes-administrativas-em-contratos-publicos>>. Acesso em: 4 jul. de 2016.

⁷⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei do processo administrativo federal. Art. 2º, X.

sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis⁷⁸.

No âmbito prático, tal direito é exercido pela notificação para a apresentação de defesa, de alegações finais, e, ainda, pela possibilidade da interposição de recurso administrativo para análise do mérito da sanção pela autoridade hierarquicamente superior àquela que a aplicou em primeira instância, conforme disposto na alínea “f” do inciso I e no inciso III, ambos do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa; [...] III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.⁷⁹

Quanto a esse tema, dispõe Cláudio J. Abreu:

Assim, a Administração Pública detém a prerrogativa de instauração de processo sancionador diante de falhas contratuais. Contudo, a empresa licitante ou contratada deve possuir oportunidade de manifestação nos autos do processo sancionador, tendo em vista a possibilidade de apresentação de argumentos que reduzam ou excluam as sanções, diante da evidenciação, por exemplo, de caso fortuito ou força maior. Assim, cabe à Administração Pública a abertura de prazo para apresentação de defesa e recurso, conforme disposto na legislação pertinente⁸⁰.

Portanto, conclui-se que apenas com a concessão do direito de defesa permite-se que a parte contrária apresente contrapontos em relação ao ilícito que lhe está sendo imputado, possibilitando a exclusão ou a atenuação das penalidades.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87, §2º.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 109.

⁸⁰ ABREU JÚNIOR. Cláudio J. *Impedimento de licitar e contratar: observância da conjunção de alternatividade “ou”*, 2014. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/impedimento-de-licitar-e-contratar-observancia-da-conjuncao-de-alternatividade-ou/#.V-NQIFsrKM8>>. Acesso em: 6 jun. de 2016, p. 19.

A instrução de um processo sancionador sem a observância desses princípios acarretaria, portanto, grave ofensa às garantias constitucionais asseguradas a quaisquer sujeitos passíveis de punição por algo. Dessa forma, a ampla defesa e o contraditório devem ser concedidos de forma mais ampla possível, pautando-se o administrador pela preocupação com a transparência, com a informação e com a análise das considerações feitas pela sancionada durante todo o procedimento administrativo.

2.3 Princípio da Motivação

A instrução de um processo administrativo sancionador deve preocupar-se com a exteriorização de todos os atos do processo. Além de adentrar-se à legalidade e ao direito de defesa da empresa, a fundamentação das decisões é essencial na transparência do procedimento.

A motivação de um ato administrativo corresponde à exposição dos motivos que embasaram e fundamentaram a prática de tal ato⁸¹. No âmbito dos processos sancionadores, é a própria motivação que demonstrará se a administração portou-se de forma adequada.

Nesse sentido, imperiosa faz-se a citação de Marcio Pestana:

[...] pode-se bem perceber o quanto é importante o atendimento, no caso, do princípio da motivação. Através dele é que divisaremos se a solução adotada para a infração concretamente considerada foi a mais adequada, foi aquela exatamente proporcional em relação à ofensa cometida, foi, enfim, a mais razoável e em harmonia com a lei aplicada⁸².

A fundamentação dos atos sancionatórios é vinculada, inclusive, por expressa exigência da lei que regula o processo administrativo federal.

Nesses termos, dispõe o artigo 50, II da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸² PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 854.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções⁸³.

Não se devem confundir os conceitos de motivo e de motivação. Aquele se refere aos pressupostos fáticos e de direito que levam o administrador público à realização de um ato, sendo considerado um requisito do ato administrativo; já este é a exposição, a divulgação desses pressupostos.

Portanto, o motivo corresponde a um elemento do ato administrativo, ou seja, toda exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público possui um motivo, mas nem todo ato administrativo possui motivação⁸⁴.

Ocorre que a motivação do ato administrativo é de tal importância que a doutrina e a jurisprudência a consagraram como princípio, sendo esta necessária nos processos administrativos sancionadores⁸⁵.

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella afirma que “o princípio da motivação exige que a administração pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. [...] se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos⁸⁶”.

2.4 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

A instauração de processo sancionador específico para apurar descumprimento de cláusula contratual ou de regra de procedimento licitatório não se encontra na esfera discricionária do administrador público, tratando-se de poder-dever do representante do Estado.

⁸³ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei do processo administrativo federal. Art. 50, II.

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.

Contudo, observa-se que a Lei geral de licitações e de contratações públicas, ao definir as penalidades administrativas no seu artigo 87, não determinou as condutas que se enquadrariam no âmbito de aplicabilidade de cada sanção, existindo, conseqüentemente, a necessidade de que o administrador analise a conduta no caso concreto e defina a sanção de acordo com a sua gravidade e com as conseqüências ao interesse público⁸⁷.

Há, portanto, na fase de aplicação de sanção, maior liberdade de atuação por parte do administrador, que, de acordo com toda a instrução processual e com as disposições do contrato ou do edital da licitação, irá aplicar a sanção no caso concreto⁸⁸.

Dessa forma, a discricionariedade encontra-se sujeita aos ditames dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Quanto a esse assunto, cita-se o exposto pelo Ministro José Delgado:

[...] o art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contrato. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial e a proporcionalidade⁸⁹.

⁸⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸⁸ "A aplicação, em concreto, das sanções administrativas muito exige da autoridade pública. Isso porque, diante de uma excessiva flexibilidade contida nos preceptivos aplicáveis, exige-se que o aplicador da sanção aja com proporcionalidade e razoabilidade ao fixar a pena adequada para a infração cometida pelo administrado". PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 853.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 914087/RJ. Ministro Relator José Delgado. Brasília, 29 de outubro de 2007.

Observa-se, portanto, que a razoabilidade refere-se ao bom senso e ao equilíbrio na atividade do administrador, que deve fazer um juízo de valor entre os meios e os fins almejados, de forma que haja uma compatibilidade entre eles. O administrador não pode aplicar sanções mais graves em punição a condutas consideradas de menor lesividade, sob a consequência acarretar a irrazoabilidade do ato e uma desestabilidade das relações jurídicas entre os particulares e o poder público⁹⁰.

As inexecuções totais de obras ou serviços, por exemplo, não podem ser punidas com sanções consideradas leves, tendo em vista a gravidade do descumprimento em que a empresa incorreu na execução contratual. Dessa forma, inadimplementos menos danosos, relacionada a descumprimentos obrigacionais que não comprometam diretamente a execução contratual, não podem acarretar punições mais gravosas, que impeçam a empresa de participar de outras licitações, por exemplo⁹¹.

Quanto à proporcionalidade, a edição do ato deve ser proporcional ao dano ou ao perigo, ou seja, não se podem impor sanções desproporcionais ao descumprimento identificado⁹².

A incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guarda relação com a culpabilidade. Deve-se analisar o descumprimento obrigacional, o elemento subjetivo referente à conduta do agente e a sanção compatível com a gravidade da ocorrência, motivando-se sempre a decisão tomada pela administração⁹³.

Dessa forma, em que pese a aplicação de uma penalidade administrativa possibilite dentro dos limites impostos pela legislação uma maior liberdade de atuação do administrador no caso concreto, este não se encontra isento de qualquer preocupação com as consequências da sanção imposta. Nesse aspecto que entra a relevância dos princípios em epígrafe, uma vez que

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁹² GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

o representante do Estado deve orientar-se em toda instrução processual pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁹⁴.

2.5 Princípio da Discricionariedade

Conforme exposto anteriormente, a apuração e a aplicação de sanções nos casos da verificação de descumprimentos obrigacionais representam um poder-dever da administração pública, ou seja, não cabe ao agente público responsável pela fiscalização do contrato optar ou não pela abertura do processo sancionador específico.

Dessa forma, o princípio em epígrafe não incide nos processos sancionadores quanto à instauração ou não do processo administrativo, mas sim na gradação da sanção.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não definiu os casos concretos específicos em que se deve aplicar as sanções previstas em seu artigo 87. As condutas que ensejam a aplicação da sanção de advertência, de multa, de suspensão temporária ou da declaração de inidoneidade são previstas geralmente na tabela geral de obrigações do contrato ou do instrumento convocatório⁹⁵.

Diante dos inúmeros acontecimentos que podem ocasionar prejuízos à administração durante o certame licitatório e o contrato administrativo, há situações em que a gradação da sanção deve ser determinada pelo administrador de acordo com a razoabilidade, a proporcionalidade e a conduta observada no caso concreto⁹⁶.

⁹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁹⁶ “Essa análise é fundamental, pois os descumprimentos obrigacionais devem ser sanados com punições na medida adequada para a correção da situação. Assim, não se deve ser utilizada sanção inferior ou superior à gravidade da conduta da empresa, mas na medida de tal conduta. Entretanto, essa não é uma tarefa fácil para o administrador público, sobretudo em casos que não podem ser interpretados totalmente com o teor dos documentos que regem o processo licitatório”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº*

As disposições normativas que imponham sanções demasiadamente graves são inconstitucionais, visto que é dever da autoridade aplicadora da penalidade dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos do ilícito verificado. Trata-se da aplicação do Princípio da Proporcionalidade⁹⁷.

O administrador deve, portanto, analisar a conduta em que a empresa incorreu, as alegações de defesa e do fiscal do contrato, de forma que não se imponha sanções mais graves a condutas menos danosas e nem sanções mais brandas a fatos que tenham infringido o interesse público com mais gravidade.

O próprio artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, previu uma graduação das penalidades e, seus incisos, que vai da sanção de advertência, prevista no inciso “I”, à penalidade de declaração de inidoneidade, prevista no inciso “IV”, devendo ser aplicada aquela mais razoável e proporcional ao caso concreto. É na análise da sanção a ser aplicada que se verifica a incidência do princípio em epígrafe nos processos sancionadores.

Observa-se que a atuação administrativa não é arbitrária, mas sim discricionária, uma vez que ele atua dentro dos parâmetros legais.

O agente público não pode, portanto, aplicar sanções não previstas em lei ou a condutas não consideradas como ilícitas no edital ou no contrato. A discricionariedade encontra seus limites na lei e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁹⁸.

10.520/2002.59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

3 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 O Ilícito Administrativo e o fluxo do processo de sanção na Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

A deflagração de um processo sancionador decorre de um ilícito jurídico que impulsiona o exercício do poder-dever de apurar por parte da administração pública, uma vez que a antijuridicidade acarreta a incidência de outras normas, incluindo os comandos, que contenham a sanção da originária violação⁹⁹.

A atuação estatal em repelir alguma conduta indesejada está intrinsecamente ligada à infração cometida, uma vez que esta é a condição necessária para a movimentação da máquina administrativa na investigação da conduta que poderá acarretar a aplicação da penalidade.

O ilícito corresponde, portanto, à “conduta (ação ou omissão) que contravém o mandamento da norma, a qual estabelece a consequência jurídica, institucionalizada, organizada normativamente: a sanção. Assim, conforme se vê, apenas quando houver descumprimento do mandamento da norma jurídica, poder-se-á falar em ilícito e sua consequência (a sanção)”¹⁰⁰.

Quanto ao ilícito administrativo, destaca-se que este é espécie do gênero ilícito jurídico, sendo caracterizado pelo fato da sanção ser aplicada por autoridade administrativa, a qual detém competência para a prática de tal ato. Infere-se, portanto, que o ilícito é denominado administrativo quando a imposição da sanção for função administrativa¹⁰¹.

No âmbito prático da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a identificação do ilícito administrativo é função do pregoeiro ou da comissão

⁹⁹ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁰⁰ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.29.

¹⁰¹ “Função administrativa é a função estatal, exercida normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e atipicamente por órgãos de outros Poderes, sempre na conformidade de um regime hierárquico, e que, tal como resulta do sistema constitucional brasileiro, caracteriza-se juridicamente pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo judiciário”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.349.

responsável por conduzir a licitação ou da área responsável pela fiscalização do contrato.

Identificado o ilícito administrativo, o pregoeiro ou o fiscal do contrato encaminham Informe Técnico à área responsável pela instrução do processo sancionador. Esta irá analisar se há indícios suficientes da ocorrência do ilícito para a continuidade do processo administrativo.

Havendo justa causa para o prosseguimento do processo, a área responsável juntará aos autos todos os documentos relevantes para o conhecimento e a defesa da empresa, como o contrato em sua integralidade, a portaria que designa os servidores responsáveis pela fiscalização do contrato, os termos aditivos e os apostilamentos.

Em seguida, notifica-se a empresa que para a apresentação de defesa prévia no prazo de 5 (cinco) dias úteis¹⁰², assegurado o prazo de 10 (dez) dias, caso a conduta da contratada enseje a aplicabilidade da sanção de Inidoneidade¹⁰³.

Apresentada a defesa pela sociedade empresária, verifica-se a tempestividade da protocolização da peça de defesa. Caso essa se dê dentro de 5 (cinco) dias úteis ou em 10 (dez) dias, no caso da sugestão da sanção de inidoneidade, o documento deverá ser encaminhado ao gestor do contrato ou ao responsável pela realização da licitação, ocasião em que se deverá analisar todas as alegações de defesa.

Na hipótese da intempestividade da defesa prévia, certifica-se por meio de documento oficial específico a não observância do prazo previsto em lei para a interposição da defesa e emite-se novo ofício para apresentação de alegações finais, que é a segunda oportunidade para a acusada se manifestar no processo.

¹⁰² "As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo prazo de 5 (cinco) dias úteis". BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87, §2º.

¹⁰³ "A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação". BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87, §3º.

Ocorre que na prática a administração pública muitas vezes opta por não agir dessa maneira, de forma que, mesmo diante da intempestividade da defesa, decide analisá-la. Isso é uma decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o poder público opta por levar em consideração o alegado pela empresa e motivar a sua decisão quanto à pretensão de defesa, de forma que se resguarde de qualquer posterior ação judicial em virtude de cerceamento de defesa.

A fase seguinte é a abertura de prazo para a apresentação de alegações finais. Destaca-se que essa fase processual é concedida tanto nos casos de apresentação de defesa prévia quanto nos casos da empresa quedar-se inerte perante a notificação inicial.

Na hipótese da empresa ter protocolado defesa prévia, o ofício encaminhado à sociedade empresária indicará se a administração manteve a sugestão inicial da sanção, se a extinguiu ou se a atenuou. Identificando-se outros descumprimentos obrigacionais, deve-se proceder com nova notificação, já que a empresa detém o direito de se defender com todos os meios possíveis admitidos em lei e na defesa prévia manifestou-se apenas acerca da sanção mais branda indicada inicialmente.

A agravação da sanção após a notificação e a abertura direta do prazo para alegações finais suprimiria uma fase processual do exercício da ampla defesa. Dessa forma, a majoração da sanção após o início da instrução processual enseja necessariamente a renotificação da empresa, ou seja, o reinício do processo administrativo sancionador.

A notificação para a apresentação de alegações finais também se dá por ofício direcionado diretamente à empresa. A entrega desse documento oficial é monitorada pela administração, assim como na fase da defesa prévia, por meio das certidões exaradas pelo sítio eletrônico dos correios e pelo aviso de recebimento. Documentos esses que são juntados aos autos para fins de registro interno, da transparência concedida à empresa e do controle dos

órgãos fiscalizadores. O prazo para a apresentação de defesa prévia é de 10 (dias)¹⁰⁴.

Apresentando-se as alegações finais, o procedimento a ser tomado é idêntico ao observado na protocolização de defesa prévia, ou seja, remetem-se os autos com a peça de defesa à área gestora ou aos responsáveis pela realização da licitação e esses indicarão se acatarão ou não as pretensões da empresa¹⁰⁵.

Posteriormente ao interstício processual das alegações finais, proceder-se-á à elaboração dos documentos necessários à aplicação da sanção. Primeiramente, a área responsável pela instrução do processo elaborará um Informe Técnico resumindo todas as fases do processo e sugerindo à autoridade competente que penalidade deverá ser aplicada, baseando-se sempre nas manifestações da área gestora ou da área responsável pela licitação.

Elabora-se, então, o Despacho Decisório que aplicará a sanção e informa-se a empresa acerca da penalidade e da abertura do prazo 5 (cinco) dias úteis para apresentação de recurso administrativo ou de 10 (dez) dias úteis no caso de pedido de reconsideração, nos casos de proposição de sanção de declaração de inidoneidade, uma vez que esta penalidade é aplicada pela autoridade máxima do órgão.

O conhecimento ou não da peça recursal dependerá da tempestividade da peça de defesa, haja vista que, caso ela seja protocolada dentro dos 5 (cinco) dias úteis, a área gestora ou o responsável pela licitação analisará o

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º, inciso X.

¹⁰⁵ “O documento de alegações finais é novamente submetido à análise da área gestora, que pode acatar os argumentos apresentados ou dar seguimento ao processo que passará para a fase da aplicação da sanção, com fundamento na Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02, Lei nº 9.784/99 (...) Percebeu-se nessa fase que as empresas apresentam argumentos de fato e de direito muito próximos daqueles apresentados na fase de defesa prévia, levando a área gestora a reiterar argumentos traçados na análise da defesa prévia. Além disso, em alguns casos, não há apresentação de alegações finais pela empresa”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p.47.

que foi alegado pela empresa e a autoridade imediatamente superior àquela que aplicou a sanção deferirá ou não o recurso no mérito.

Posteriormente à elaboração do Despacho Decisório referente ao recurso administrativo, registrar-se-á a sanção nos sistemas competentes, para fins de publicidade e emitir-se-á o ofício de trânsito em julgado administrativo, no qual se informa à empresa sancionada que a decisão tornou-se irrecorrível no âmbito administrativo.

3.2 Penalidades Previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002

O estudo das sanções administrativas requer uma análise da legislação que rege o assunto. Nesse sentido, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é o principal diploma quanto à previsão de penalidades aplicadas em virtude de ilícitos administrativos.

O legislador reservou o Capítulo IV- Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial- da lei geral de licitações e contratos para tratar do assunto em epígrafe. Nessa seara, dispõe a Seção II – Das Sanções Administrativas – do Capítulo Supracitado:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato¹⁰⁶.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 86.

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados¹⁰⁷.

Quanto às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, dispôs Marcio Pestana:

As sanções, no caso, de natureza administrativa, estabelecidas pela norma geral licitatória, de aplicação nacional, são vocacionadas para serem aplicadas, em concreto, segundo graduação de gravidade e intensidade da desconformidade havida, principiando com a espécie advertência, passando para multa, ingressando na suspensão do direito de licitar e contratar com a

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87.

administração pública para, finalmente, materializar-se na declaração de inidoneidade¹⁰⁸.

Assevera-se, portanto, que o regramento sobre sancionamento administrativo previsto nessa lei manteve-se similar às disposições do Decreto-Lei nº 2.300/86¹⁰⁹, em que se previa a aplicação da advertência de advertência, de multa, de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade em função de descumprimentos parciais ou totais das avenças administrativas¹¹⁰.

A aplicação de quaisquer dessas sanções administrativas requer um ato administrativo punitivo específico, uma vez que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabeleceu atos de caráter sancionador em virtude de inadimplementos parciais ou totais dos contratos¹¹¹.

Observa-se que não há uma tipicidade fechada na lei em epígrafe, de forma que se definam diretamente quais condutas ensejam a aplicação das sanções previstas. A partir disso que há a incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nos processos dessa natureza.

Quanto ao tema, dispõe Lucas Rocha Furtado:

Deve ser observada, ademais, regra de proporcionalidade na aplicação das sanções. Assim, para pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações, e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. Em hipótese de fraude praticada pelo contratado, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser

¹⁰⁸ PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 839.

¹⁰⁹ BRASIL. Decreto Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986. Estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos revogado. Brasília, 1986.

¹¹⁰ CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

¹¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade¹¹².

Trata-se, portanto, de um rol taxativo de penalidades, não havendo a possibilidade de que a administração imponha sanções não previstas nessa lei ou em outros diplomas legais, haja vista o disposto pelo Princípio da Legalidade¹¹³. Dessa forma, de acordo com o inadimplemento observado aplicar-se-á a sanção considerada mais razoável e proporcional dentro daquelas previstas na lei.

Os contratos administrativos que contenham sanções não previstas em lei encontram-se maculados por vício de legalidade, uma vez que não cabe à administração criar qualquer tipo de penalidade, devendo esta atuar dentro dos parâmetros da Lei Geral de Licitações e Contratos e das demais normas que abarcam esse tema. Assim, baseando-se de uma análise inicial da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as sanções aplicadas com base nesse estatuto devem ser as previstas no seu artigo 86 e nos incisos do artigo 87.

O artigo 86 refere-se à multa de mora¹¹⁴, que é aquela aplicada no caso de atraso injustificado na execução do contrato. A moratória deve possuir, além de previsão expressa no edital e no contrato, o seu adequado detalhamento, as condições para sua imposição, os percentuais aplicáveis e a sua respectiva gradação, evitando-se, dessa forma, que medidas arbitrárias sejam tomadas por parte do administrador¹¹⁵.

¹¹² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.460.

¹¹³ “O modelo tradicional também se caracteriza por uma falta de tipicidade específica, inexistindo minuciosa descrição legal do fato indicado para a imputação da respectiva sanção”. CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.424.

¹¹⁴ “O art. 86 estabelece a situação de aplicação da multa de mora diante de atrasos injustificados. Tal previsão de multa deve estar presente no instrumento convocatório e no contrato administrativo, com a especificação das condições de imposição da referida sanção. Cabe ressaltar que o atraso deve ser configurado como injustificado para que a multa moratória seja aplicada”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p. 22.

¹¹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e Contratos: Lei nº 8.666/93*. 16. ed. São Paulo: Fórum, 2015.

A rescisão contratual unilateral pela administração¹¹⁶, prevista no §1º do Artigo 86 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993¹¹⁷, não é excluída pela possibilidade da aplicação da multa de mora. Esta é aplicada no caso de atraso injustificado e aquela em virtude de inadimplementos inescusáveis e ainda em razões de interesse público, de alta relevância e de amplo conhecimento.

A ausência de uma tipicidade fechada no artigo 87 da Lei Geral de Licitações e Contratos encontra críticas dentro da doutrina especializada. Sobre o tema dispõe Marçal Justen Filho:

[...] o artigo 87 restringiu-se a arrolar um elenco de sanções administrativas cabíveis em virtude da “inexecução total ou parcial” do contrato. A lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção. É impossível definir os casos de aplicação das diversas sanções. Quando muito, o inciso II remete ao regramento estabelecido no ato convocatório, que é insuficiente e ofende o princípio da legalidade. Nem mesmo a penalidade de multa pode ser aplicada se seus pressupostos e sua extensão não forem determinadas por lei. Se o edital e o contrato previrem uma “pena de multa”, de natureza financeira, deverá reputar-se que a figura terá natureza civil (cláusula penal), correspondendo a uma predeterminação de perdas e danos [...] A lei não pode remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no artigo 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade. Logo, será impossível aplicar qualquer das sanções previstas no artigo 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas”¹¹⁸.

Assim, considerando-se a alegação do autor, destaca-se que a Administração Pública aplica as sanções do artigo 87 através de uma análise da razoabilidade e da proporcionalidade verificada no curso do processo

¹¹⁶ “A possibilidade de rescindir unilateralmente um contrato inexiste no direito privado, uma vez que as partes se encontram em posição de igualdade jurídica. Os contratos administrativos, diferentemente, são regidos predominantemente pelo direito público, o que confere a uma das partes- a administração pública – posição de supremacia jurídica ante a outra – o particular (...) Uma das mais expressivas manifestações dessa desigualdade jurídica entre as partes em um contrato administrativo consiste na possibilidade que a lei confere à administração pública de rescindir unilateralmente o contrato, isto é, extingui-lo antes do prazo, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário ou de obter o consentimento do particular contratado”. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 511.

¹¹⁷ “A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei”. BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações Artigo 1º, §1º.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.619.

sancionador, observados sempre os comandos do edital e do contrato, ainda que não haja a tipicidade específica que defina o âmbito de incidência de cada penalidade.

Passando-se à análise das sanções previstas no art. 87, verifica-se que há a necessidade do enquadramento das condutas previstas no contrato às penalidades tipificadas.

Destaca-se que o vocábulo “poderá”, constante do “CAPUT” do artigo 87, não pode ser entendido como uma opção do administrador público em instaurar ou não o processo administrativo uma vez verificado o inadimplemento contratual. A faculdade disposta corresponde, portanto, à possibilidade de se impor alguma daquelas sanções a depender do descumprimento.

No tocante à imposição dessas penalidades, o administrador deve basear-se pelo descumprimento obrigacional verificado e a correspondente sanção que deve ser atribuída. Assim, é a definição em concreto dos órgãos e entidades, através do instrumento convocatório e do contrato, que se demonstrará a sanção cabível.

Não há grau de discricionariedade por parte do administrador em relação ao momento e à forma de se aplicar a penalidade, tendo em vista que essas são definidas de acordo com as disposições da lei. Atribuir tal discricionariedade acarretaria ofensa ao princípio da legalidade. Há, nesse sentido, uma aproximação dos ditames do direito penal ao direito administrativo, em que a fiel execução da lei se torna fundamental na garantia dos direitos dos apenados¹¹⁹.

Cada sanção detém, portanto, um caráter educativo e punitivo para as condutas previamente definidas no contrato, nesse contexto que se indicará

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

qual das penalidades previstas no artigo 87 será a mais juridicamente adequada¹²⁰.

Diante do exposto, parte-se para a análise das sanções previstas no Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3.2.1 Advertência

A sanção de advertência¹²¹ está prevista no inciso I do Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo aquela aplicada para os descumprimentos contratuais de menor lesividade e gravidade, ou seja, os inadimplementos de natureza leve¹²².

Trata-se de uma manifestação formal da administração na qual se comunica à sociedade empresária a verificação de um descumprimento contratual, embora de natureza leve, mas com o intuito de atentar a outra parte da relação jurídica-processual de que a fiscalização tem sido realizada e que a incidência de inadimplementos mais graves acarretará a aplicação de penalidades mais severas¹²³.

A sanção de advertência é, portanto, um instrumento de comunicação de caráter educativo entre a administração e a contratada, sendo dirigida de forma proporcional aos acontecimentos que o contrato previu como de menor

¹²⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹²¹ “A sanção de advertência consiste em uma comunicação formal ao fornecedor, após a instauração do processo administrativo sancionador, advertindo-lhe sobre o descumprimento de obrigação legal assumida, cláusula contratual ou falha na execução do serviço ou fornecimento, determinando que seja sanada a impropriedade e, notificando que, em caso de reincidência, sanção mais elevada poderá ser aplicada”. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos*, 2014. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 25 jun de 2016.

¹²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e Contratos: Lei nº 8.666/93*. 16. ed. São Paulo: Fórum, 2015.

¹²³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e Contratos: Lei nº 8.666/93*. 16. ed. São Paulo: Fórum, 2015.

importância e utilizada como prevenção de irregularidades que possam atrapalhar o desenvolvimento do contrato administrativo¹²⁴.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho preocupou-se em definir a natureza jurídica dessa penalidade e de indicar as suas peculiaridades:

A advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade e envolve dois efeitos peculiares. O primeiro é a submissão do particular a uma fiscalização mais atenta. O segundo consiste na comunicação de que, em caso de reincidência (específica ou genérica), haverá punição mais severa. Será inválida a aplicação ao particular da sanção da advertência se inexistir discriminação legal dos seus pressupostos. Quando muito, terá cunho de mera comunicação da insatisfação da Administração. Não poderá constar de quaisquer cadastros nem ser invocada para reproduzir efeitos negativos à reputação e à idoneidade do particular¹²⁵.

Observa-se, portanto, que o consagrado autor atentou-se à necessidade de que os pressupostos da penalidade estejam devidamente previstos no contrato, uma vez que qualquer comunicação formal da administração que não corresponda a uma conduta contratualmente prevista como passível de advertência não pode ensejar a aplicação de uma penalidade, tornando-se no máximo em um documento de insatisfação da administração, não sendo suscetível conseqüentemente de qualquer registro nos sistemas de cadastro de sancionados.

Os contratos administrativos normalmente contêm cláusulas que dispõem que a reincidência das infrações suscetíveis da aplicação da sanção de advertência ensejam a incidência de outras sanções mais graves. Ressalta-se, contudo, que a advertência não é uma sanção precedente às demais penalidades previstas no Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo-se, portanto, em uma sanção autônoma.

3.2.2 Multa Sancionatória ou Compensatória

¹²⁴ “A advertência, que é a sanção mais branda nos domínios administrativos, normalmente é utilizada para exigir-se o cumprimento de uma obrigação prevista no contrato firmado com a administração pública, e que se encontra insatisfeita”. PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012, P. 883.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 482.

A multa prevista no inciso II do Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993¹²⁶, corresponde a um instituto jurídico diverso da multa moratória prevista no Artigo 86 dessa mesma lei.

Enquanto a multa moratória corresponde àquela aplicada no caso de inexecução total ou parcial do contrato, a multa sancionatória ou compensatória é a sanção, também de cunho pecuniário, que pode ser aplicada em virtude de diversos inadimplementos, desde que devidamente previstos no contrato¹²⁷.

A sanção em epígrafe é aplicada às condutas de maior gravidade se comparadas àquelas tipificadas contratualmente como passíveis da sanção de advertência, definidas de acordo com o grau de importância do inadimplemento.

Há de se destacar que a penalidade em epígrafe pode ser cumulada com as demais sanções previstas na lei geral de licitações e contratos¹²⁸.

3.2.3 Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos

A sanção de suspensão temporária é prevista no inciso III, do artigo 87, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo aplicada aos inadimplementos considerados graves, não passíveis de punição com advertência ou com multa compensatória.

O efeito dessa penalidade é a inabilitação da sancionada para licitar e contratar com a administração pelo prazo máximo de até dois anos, sendo aplicada pela autoridade competente do órgão ou da entidade¹²⁹.

¹²⁶ “O inc. II do art. 87 da Lei de Licitações estabelece a sanção de multa, “na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Trata-se da multa sancionatória ou compensatória que, distintamente da multa de mora, pode estar relacionada ao descumprimento de diversas obrigações. Assim, considerando o grau de importância de determinadas obrigações, os descumprimentos relacionados a elas são punidos de maneira mais gravosa quando comparados aos descumprimentos obrigacionais que levam à incidência da sanção de advertência”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p.26.

¹²⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹²⁸ PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012.

Observa-se que a previsão legal do lapso temporal de inabilitação é de até dois anos, devendo o administrador no caso concreto determinar, de acordo com a proporcionalidade, a razoabilidade e as consequências do inadimplemento, definir o prazo da penalidade¹³⁰.

Punem-se com essa sanção as sociedades empresárias que infringem o edital ou o contrato de forma culposa e que não ocasionam prejuízos gravíssimos à administração, uma vez que, caso haja dolo ou o prejuízo seja gravíssimo, a sanção mais adequada é a declaração de inidoneidade¹³¹.

3.2.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública

A sanção prevista no inciso IV do artigo 87, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constitui-se na penalidade mais gravosa estabelecida pela lei geral de licitações e contratos.

A natureza jurídica desta penalidade consiste na inabilitação da empresa para a participação em licitações e contratos com a administração pública. Trata-se de instituto semelhante às sanções de suspensão temporária e de impedimento, mas que se diferencia pelos seus efeitos, pelo lapso temporal da inabilitação e pela autoridade competente para a sua aplicação¹³².

Esta é a penalidade aplicada aos descumprimentos considerados gravíssimos pelo contrato, no qual se presumem prejuízos de consequências mais danosas ao poder público. Destaca-se que esses prejuízos não são necessariamente financeiros, visto que são observadas penalizações por este

¹²⁹ “[...] quanto ao prazo e à competência para imposição da sanção. A suspensão temporária pode ser decretada pelo prazo máximo de dois anos, cabendo sua imposição à autoridade competente do órgão contratante”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 482 e 483.

¹³⁰ “Vale ressaltar que a sanção de suspensão temporária pode ser de até 2 (dois) anos. Assim, caberá ao administrador público estabelecer o período mais adequado para a fixação da sanção supracitada, tendo em vista os descumprimentos obrigacionais, estabelecendo uma dosimetria da sanção e utilizando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p. 29.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹³²

instituto em virtude de inadimplementos que não prejudicam o erário, mas que também infringem o contrato de forma gravíssima¹³³.

A lei geral de licitações e contratos previu que essa penalidade só pode ser aplicada pelo Ministro de Estado, Secretário de Estado e Secretário Municipal competente. Dessa mesma forma dispõe o Caderno de Logística de sanções administrativas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

A aplicação desta sanção é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação¹³⁴.

Observa-se, portanto, que, diante da gravidade das condutas que ensejam a declaração de inidoneidade, o legislador determinou que a sua imposição excede a competência das autoridades internas do órgão ou entidade sancionadora, diferenciando-se, assim, das demais sanções previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993¹³⁵.

A inidoneidade é caracterizada pelo dolo no cometimento de faltas graves pela empresa contratada. Assim, caso não haja má-fé ou o cometimento de faltas graves, a penalidade a ser imposta não deve ser a de

¹³³ “[...] há casos graves que não geram necessariamente prejuízos ao setor público, mas que devem ser punidos com a referida sanção, tal como no exemplo da documentação falsificada, situação que pode gerar ou não prejuízos financeiros”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p. 30.

¹³⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 25 jun de 2016, p.12.

¹³⁵ “Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] §3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação”. BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 87.

declaração de inidoneidade, recorrendo o administrador às outras sanções estabelecidas em lei¹³⁶.

3.2.5 Impedimento de licitar e contratar

A penalidade de impedimento de licitar e contratar adveio com a instituição da modalidade pregão nas contratações públicas, sendo prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002¹³⁷. Assim, observa-se que a tipificação dessa sanção ocorreu posteriormente à previsão das penalidades da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.

O Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta a modalidade de contratação pregão na esfera federal, também previu a possibilidade de aplicação da penalidade em epígrafe:

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais¹³⁸.

Observa-se, assim, que a penalidade de impedimento é aplicada em virtude da ocorrência de algum dos descumprimentos previstos na lei do pregão ou no decreto que regulamenta essa modalidade no âmbito federal.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹³⁷ “Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”. BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão. Art. 7º.

¹³⁸ BRASIL. Decreto Lei nº 5.450 de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2005. Art. 28.

Trata-se de sanção prevista para ser aplicada em virtude de descumprimentos nas aquisições realizadas especificamente pela modalidade pregão¹³⁹.

A natureza jurídica dessa sanção também se assemelha à suspensão temporária e à declaração de inidoneidade, diferenciando-se pelo lapso temporal da inabilitação, pela autoridade sancionadora e pelos efeitos do impedimento.

Há de se destacar que o legislador estipulou o prazo de até 5 anos para a inabilitação de contratar e licitar em virtude do impedimento. Dessa forma, também incidem aqui os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que o administrador público deverá observar o descumprimento no caso concreto e definir o prazo do impedimento de acordo com os princípios supracitados e com as regras do edital e do contrato.

¹³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e Contratos: Lei nº 8.666/93*. 16. ed. São Paulo: Fórum, 2015.

4 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA, DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (Artigo 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR (Artigo 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)

No que se refere às sanções de advertência e de multa compensatória, não restam muitos questionamentos quanto aos seus efeitos, uma vez que essas serão aplicadas em virtude de descumprimentos mais ou menos graves, tipificados no contrato administrativo, sendo a advertência uma notificação formal de cunho educativo e a multa uma pena pecuniária que visa reestabelecer o status “a quo” da relação contratual.

Ocorre que, em relação às sanções de Suspensão Temporária, de Declaração de Inidoneidade e de Impedimento de Licitar e Contratar, previstas na lei geral de licitações e contratos e na lei do pregão, há uma divergência doutrinária e de entendimento de alguns órgãos da Administração Pública quanto aos efeitos dessas penalidades¹⁴⁰.

As três penalidades possuem natureza jurídica bem parecidas, já que impossibilitam a empresa sancionada de licitar e contratar com o poder público por um lapso temporal definido no Despacho Decisório da autoridade competente, sempre respeitando os limites indicados na lei. Dessa forma, o conhecimento técnico desses três institutos torna-se tarefa fundamental para a correta aplicação de qualquer dessas penalidades.

E são justamente as semelhanças desses institutos jurídicos sancionatórios que acarretam a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao âmbito de incidência dos seus efeitos, tendo em vista que há uma vasta

¹⁴⁰ “Maiores dificuldades, entretanto, apresentam os apenamentos mais severos, coadjuvantes à advertência e à imposição de multa. Referimo-nos à suspensão do direito de licitar e contratar com a administração durante determinado período e à declaração de inidoneidade, sanções essas passíveis de serem impostas a determinados participantes e interessados na licitação, assim como os subscritores e executores de contratos assinados com a administração. [...] Por vezes, contudo, tais graves sanções não são precedidas do preenchimento dos requisitos para tanto previstos em lei, incorrendo a autoridade competente emissora do apenamento, em vitanda arbitrariedade. Outras vezes, ainda, as sanções aplicadas não são adequadas à infração havida, ocorrendo evidente afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que, necessariamente, devem encontrar-se presentes na aplicação de qualquer tipo de apenamento a àquele que toma parte da licitação ou de um contrato envolvendo a administração pública, inclusive no caso em que a sanção é de natureza administrativa”. PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 839 e 840.

discussão por parte dos componentes da Administração Pública quanto aos limites da impossibilidade de licitar e contratar.

Diverge-se principalmente quanto à ampliação ou à restrição dos efeitos dessas penalidades, no sentido de se verificar se a empresa sancionada encontra-se impossibilitada de licitar e contratar com Administração Pública em todas as esferas federativas, com todos os órgãos e entidades do ente federativo do órgão sancionador ou apenas com a entidade ou órgão que aplicou a penalidade.

Na prática, observam-se diversas interpretações no governo federal, o que vem acarretando a produção de efeitos distintos para a mesma penalidade, a depender do entendimento do órgão ou entidade pública sancionadora. Isso se apresenta como um relevante elemento de insegurança jurídica, visto que não há uma uniformidade nas consequências da aplicabilidade de cada uma dessas sanções.

O estudo de como alguns órgãos do governo federal vêm interpretando as leis que dispõem sobre o tema e aplicando-as mostra-se fundamental no levantamento de dados para que se atente quanto à necessidade de uma pacificação do assunto.

As sanções administrativas de Suspensão Temporária, de Declaração de Inidoneidade e de Impedimento de Licitar e Contratar representam uma grande interferência do poder público nas atividades das sociedades empresárias, uma vez que diversas empresas obtêm a sua principal fonte de recursos através de contratos celebrados com o governo, e, portanto, a impossibilidade de licitar e contratar pode culminar com o encerramento da atividade empresarial, influenciando diretamente na vida dos sócios da empresa, dos empregados e das suas respectivas famílias.

Ademais, ressaltam-se, ainda, os casos de existirem poucas sociedades empresárias no ramo de fabricação de determinado produto ou da prestação de determinado serviço. Nessas situações, a imposição de qualquer dessas penalidades pode comprometer a prestação de um serviço público de relevância para a população.

A título exemplificativo, mas com total relação com a realidade enfrentada pelo administrador público em seu cotidiano, suponhamos que haja no mercado apenas duas empresas que forneçam uma determinada espécie de medicamento para o tratamento de uma doença grave, a qual o Estado detém a obrigação de fornecer à população impossibilitada financeiramente de adquiri-lo particularmente.

Nesse caso, a aplicação de qualquer dessas sanções a qualquer dessas duas empresas acarretará uma consequência direta para a população que necessita do medicamento. Caso uma delas seja declarada inidônea, apenas uma sociedade empresária poderá continuar no mercado, o que acabará com a concorrência e influenciará diretamente no preço pelo qual a segunda empresa fornece o medicamento.

Outrossim, suponha-se que as duas empresas sejam declaradas inidôneas, dessa forma o fornecimento do produto restará prejudicado, o que impedirá a prestação de um serviço público de imensa relevância pra um grande número de pessoas.

Assim, demonstrada a importância do amplo conhecimento desses institutos sancionatórios, passa-se à análise do entendimento de alguns órgãos públicos e entidades públicas do governo federal.

4.1 O entendimento e a aplicabilidade prática pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pela Advocacia Geral da União (AGU)

A interpretação adotada por esses órgãos decorre da própria literalidade dos incisos III e IV do Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e do Artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, partindo-se da premissa de que a lei não contém palavras inúteis e de que essa forneceu em seu próprio texto elementos suficientes para diferenciar os efeitos das sanções em epígrafe.

No tocante às sanções de Suspensão Temporária e de Declaração de Inidoneidade, alega-se que a resolução da divergência encontra-se nos

vocábulos “administração” e “administração pública”, dispostos respectivamente nos incisos III e IV do Artigo 87 da lei geral de licitações¹⁴¹.

Nos termos do inciso XI do Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a “administração pública” compreende a administração direta e indireta de todos os entes federativos, abrangendo, inclusive, as pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo poder público e as fundações instituídas ou mantidas por este¹⁴².

Dessa forma, conforme expressa previsão do inciso IV do Artigo 87 da lei supracitada, a sanção de Declaração de Inidoneidade impossibilita a sociedade empresária de licitar e contratar com a Administração Pública, o que impede a participação em certames licitatórios e a celebração de contratos administrativos com todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas¹⁴³.

Já em relação à sanção de Suspensão Temporária, alega-se que o inciso III do Artigo 87 dispõe que ela se constitui como um impedimento para licitar e contratar com a administração, e, de acordo com o inciso XII do Artigo

¹⁴¹ “[...] o legislador, quando trata da suspensão, remete ao impedimento para licitar e contratar em relação à Administração, já quando discorre sobre a declaração de inidoneidade, impõe esse mesmo impedimento em relação à Administração Pública. Assim, o estatuto estaria estipulando que no caso da suspensão, a penalidade de impedimento deveria ter seus efeitos restritos ao órgão ou unidade Administrativa que a aplicou, o que permitiria que a empresa penalizada participasse, mesmo no prazo de dois anos, de certames realizados por outras pessoas jurídicas de direito público”. CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 428 e 429.

¹⁴² “Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XI- Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 6º.

¹⁴³ “Com relação à sanção de declaração de inidoneidade, o termo “Administração Pública” na definição legal da sanção estabelece que a empresa declarada inidônea estará impedida de licitar e contratar com toda a Administração Pública”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p.35.

6º da Lei geral de licitações e contratos, esta se limita ao órgão ou entidade pública que aplicou a penalidade¹⁴⁴.

Nesse mesmo sentido, dispõe MOURA:

[...] partindo da premissa de que a lei não contém palavras inúteis e não cabe ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de estar criando hipótese não prevista, podemos dizer que a suspensão temporária produz efeito na entidade administrativa que a aplicasse enquanto a declaração de inidoneidade produz efeito em todos os órgãos da Administração Pública, ou seja, em todos os entes federativos¹⁴⁵.

Observa-se, portanto, que, de acordo com esse entendimento, o legislador procurou conferir um âmbito de incidência maior aos efeitos da sanção de inidoneidade em relação à sanção de suspensão, prevendo que, em decorrência da gravidade das infrações administrativas previstas para a penalidade de inidoneidade, o apenado fica impossibilitado de licitar e contratar com a administração pública em todas as suas esferas¹⁴⁶.

Partindo para a análise do entendimento e da aplicabilidade dessas penalidades por parte de alguns órgãos do governo federal, verifica-se inicialmente o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, que partilha do entendimento pela distinção das sanções de Suspensão Temporária e de Declaração de Inidoneidade através dos efeitos da impossibilidade de licitar e contratar.

Nessa seara, a jurisprudência dessa corte de contas é predominante no sentido de que a diferenciação imposta pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quanto aos termos “Administração” e “Administração Pública”, representa

¹⁴⁴ “Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XII- Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Art. 6º.

¹⁴⁵ MOURA, Rodolfo André P. *Licitação: abrangência das penalidades – Lei 8.666/1993 e 10.520/2002*. 2014. p. 02. Disponível em <<https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/artigos/licitacao-abrangencia-das-penalidades-lei-866693-105202002/>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁴⁶ “A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração, aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública”. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 860 e 861.

uma restrição dos efeitos da suspensão¹⁴⁷ e uma ampliação dos efeitos da declaração de inidoneidade. Vejamos:

[...] determinação ao município para que, em licitações com fonte de recursos federais, atente para a correta interpretação do TCU quanto à aplicabilidade do inciso III, artigo 87 da Lei n 8.666/1993, haja vista que a suspensão temporária para participar em licitações ou contratar com a administração (inciso III) deverá ficar adstrita tão-somente ao órgão, entidade ou unidade administrativa que a aplicou, não podendo lhe ser aplicado o mesmo tratamento da declaração de inidoneidade (inciso IV), sanção que veda a participação em licitações e contratações com toda a Administração Pública, conforme Decisão n 52/99-Plenário, Decisão n 302/2001-Plenário e Acórdão n 1.533/2006-Plenário¹⁴⁸.

A câmara de contas também diferenciou claramente os efeitos desses institutos sancionatórios em uma representação formulada por empresa que apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 11/2011, promovido Prefeitura Municipal de Cambé/PR, que teve por objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal. Trata-se de uma decisão que merece ser analisada, já que os ministros se contrapuseram quanto aos efeitos das penalidades em epígrafe, mas ao final decidiu-se pela restrição dos efeitos da penalidade de suspensão temporária.

O relator desse caso, Ministro Ubiratan Aguiar, indicou que, não obstante os entendimentos anteriores do tribunal fossem pela restrição dos efeitos da sanção prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a penalidade de suspensão também deveria produzir efeitos nas três esferas de governo, o que acarretaria a desclassificação da reclamante em função desta encontrar-se suspensa por outro órgão¹⁴⁹.

¹⁴⁷ “[...] A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.017 de 12 de março de 2013. Primeira Câmara. Ministro Relator Valmir Campelo. Brasília, 2013. Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n 538 de 17 de fevereiro de 2009. 1ª câmara. Brasília, 2009. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁴⁹ “Entre as questões avaliadas nesse processo, destaque-se a exclusão de empresas do certame, em razão de terem sido apenas com a sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 por

O primeiro revisor, Ministro José Jorge, destacou a necessidade de se distinguir os efeitos das sanções de suspensão e de inidoneidade, contudo indicou que aquela deve impossibilitar a sancionada de licitar e contratar com toda a administração do ente federativo do órgão ou entidade sancionadora, indo dessa forma de encontro à jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União – TCU¹⁵⁰.

O segundo revisor, Ministro Raimundo Carreiro, baseou seu voto na jurisprudência predominante do Tribunal de Contas – TCU, dispondo que os efeitos da sanção de suspensão limitar-se-iam ao órgão ou entidade que aplicou a penalidade, determinando, assim, que a reclamante não deveria ser desclassificada do certame licitatório, uma vez que não havia impedimento nenhum frente ao órgão que estava realizando a licitação¹⁵¹. Dispôs o revisor em seu voto:

outros órgãos e entidades públicos. Passou-se, em seguimento de votação, a discutir o alcance que se deve conferir às sanções estipuladas nesse comando normativo (“suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”). O relator, Ministro Ubiratan Aguiar, anotara que a jurisprudência do Tribunal havia-se firmado no sentido de que a referida sanção restringia-se ao órgão ou entidade que aplica a punição. A sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, relativa à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, produziria efeitos para os órgãos e entidades das três esferas de governo. O relator, a despeito disso, ancorado em precedente revelado por meio do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e na jurisprudência do dominante do STJ, encampou o entendimento de que a sanção do inciso III do art. 87 também deveria produzir efeitos para as três esferas de governo”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3243 de 28 nov. de 2012. 2ª Câmara. Ministro Redator Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁵⁰ “O primeiro revisor, Ministro José Jorge, sustentou a necessidade de se reconhecer a distinção entre as sanções dos incisos III e IV, em função da gravidade da infração cometida. Pugnou, ainda, pela modificação da jurisprudência do TCU, a fim de se considerar que “a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3243 de 28 nov. de 2012. 2ª Câmara. Ministro Redator Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁵¹ O segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, por sua vez, ao investigar o significado das expressões “Administração” e “Administração Pública” contidos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, assim se manifestou: “Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para ‘Administração Pública’ e para ‘Administração’ são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87”. Mencionou, também, doutrinadores que, como ele, privilegiam a interpretação restritiva a ser emprestada a esse comando normativo. Ressaltou, ainda, que as sanções dos incisos III e IV do art. 87 da multicitada lei “guardam um distinto grau de intensidade da sanção”, mas que “referidos dispositivos não especificaram as

Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para ‘Administração Pública’ e para ‘Administração’ são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87¹⁵².

Assim, prevaleceu nesse caso concreto o voto do segundo revisor, de forma que a corte de contas federal decidiu pela possibilidade de participação da empresa suspensa por outro órgão no certame licitatório promovido pela Prefeitura Municipal de Cambé/PR¹⁵³.

Outro acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU que tratou dos efeitos das sanções previstas nos incisos III e IV do Artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi o Acórdão 842/2013, de 10 de abril de 2013¹⁵⁴. Nesse acórdão, o colegiado teve que decidir acerca do questionamento da

hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção...”. Segundo ele, não se poderia, diante desse panorama normativo, admitir que o alcance de ambas sanções seria o mesmo. Chamou atenção para o fato de que “a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso”. E arrematou: “... para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-la à apreciação do titular da respectiva pasta de governo”. Acrescentou que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei de Licitações não poderia ter alcance maior que o da declaração de inidoneidade pelo TCU (art. 46 da Lei nº 8.443/1992). Por fim, invocou o disposto no inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações, que definiu “Administração” como sendo “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, para refutar a proposta do primeiro revisor, acima destacada. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3243 de 28 nov. de 2012. 2ª Câmara. Ministro Redator Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3243 de 28 nov. de 2012. 2ª Câmara. Ministro Redator Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁵³ “O Tribunal, então, ao aprovar, por maioria, a tese do segundo revisor, Ministro Raimundo Carreiro, decidiu “9.2.determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3243 de 28 nov. de 2012. 2ª Câmara. Ministro Redator Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016

¹⁵⁴ “Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico nº 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 842 de 10 de abril de 2013. Primeira Câmara. Ministro Relator Raimundo Carreiro. Brasília, 2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 23 set. de 2016.

legalidade de cláusula do edital que não permitia a participação de empresas que fossem declaradas suspensas ou inidôneas.

O relator dessa impugnação suspendeu cautelarmente o certame e procedeu com a oitiva do tribunal. O pleno decidiu pela revogação da cautelar e optou novamente pela restrição dos efeitos da sanção de suspensão ao âmbito da própria entidade sancionadora:

[...] recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no artigo 87, III, da Lei n 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal¹⁵⁵

Observa-se, portanto, mais uma vez a preocupação do Tribunal de Contas da União – TCU de que os órgãos promovedores de licitações públicas especifiquem, em relação às empresas suspensas temporariamente, que apenas as apenadas pelos próprio órgão ou entidade licitante encontram-se impedidas de participar do certame.

Dessa forma, apenas a cláusula do edital promovido pela Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio de Janeiro que impedia a participação de empresas declaradas inidôneas ia ao encontro da jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, uma vez que essa penalidade gera efeitos em todos os níveis federativos.

Corroborando com o posicionamento supracitado, destaca-se, ainda, o posicionamento desse tribunal de contas em representação da sociedade empresária RCM Engenharia e Projetos Ltda. por supostas irregularidades em concorrências conduzidas pela Universidade Federal do Acre – UFAC, que têm por objeto a construção de prédios no seu campus¹⁵⁶.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 842 de 10 de abril de 2013. Primeira Câmara. Ministro Relator Raimundo Carreiro. Brasília, 2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 23 set. de 2016.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 902 de 18 de abril de 2012. Primeira Câmara. Ministro Relator José Jorge. Brasília, 2012. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

A autora alegou ilegalidade na sua desclassificação do certame em virtude de anterior penalização de suspensão temporária pelo Tribunal de Justiça do Acre. Nessa decisão, manteve-se o entendimento exposto nos acórdãos acima:

[...] decidiu: [...] determinar à UFAC que: “adote as medidas necessárias para anular a decisão que desclassificou a proposta de preços da empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda., no âmbito das Concorrências 13, 14 e 15/2011, aproveitando-se os atos até então praticados¹⁵⁷”.

Observa-se, assim, que, em relação às sanções previstas nos incisos III e IV, do artigo 87, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, o Tribunal de Contas da União – TCU posicionou-se por diversas vezes no sentido de diferenciar o âmbito de incidência dessas penalidades, portando-se pela restrição dos efeitos da sanção de suspensão temporária ao órgão sancionador e pela ampliação dos efeitos da declaração de inidoneidade a toda a Administração Pública.

Quando à penalidade de Impedimento de licitar e contratar, prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no Decreto nº 5.520, de 24 de agosto de 2005, o Tribunal de Contas da União- TCU mantém entendimento de que as empresas sancionadas por essa penalidade encontram-se impedidas de licitar e contratar com qualquer órgão ou entidade do mesmo ente federativo da unidade sancionadora¹⁵⁸.

A corte de contas exarou entendimento nesse sentido no Acórdão 2081/2014-Plenário:

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 902 de 18 de abril de 2012. Primeira Câmara. Ministro Relator José Jorge. Brasília, 2012. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁵⁸ “[...] a sanção de impedimento de licitar e contratar, apresentada na Lei nº 10.520/02 e no Decreto nº 5.450/05, gera efeitos em todo o ente federativo que abrange o órgão responsável pela aplicação da sanção. Assim, a sanção de impedimento de licitar aplicada por um órgão federal gera efeitos em toda a União, mas permite a participação da empresa punida com a referida sanção nas licitações estaduais e municipais”. ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015, p.35.

[...] A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal). Embargos de Declaração opostos contra decisão prolatada pelo Plenário do TCU – pela qual fora considerada improcedente representação formulada por sociedade empresária contra sanção de impedimento para licitar e contratar com toda a administração pública federal – apontara possível omissão no julgado, consistente na não apreciação de argumento formulado pela recorrente acerca de possível equivalência das punições previstas no art. 7º da Lei 10.520/02 e no art. 87 da Lei 8.666/93. Na inicial, arguira a representante a legalidade da restrição a ela imposta no Sicaf de licitar e contratar com quaisquer órgãos federais, com base no art. 7º da Lei 10.520/02. Em seu entendimento, a punição deveria se restringir à entidade específica da administração que lhe aplicou a sanção. Em juízo de mérito, lembrou o relator que, segundo a jurisprudência predominante no TCU, “quando se aplica a punição baseada no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações, a proibição de contratar adstringe-se à entidade sancionadora”. Nesse sentido, o que “o embargante pleiteia é justamente o paralelismo de entendimento relativo à aplicação do sobredito art. 87 da Lei 8.666/93 e do art. 7º da Lei 10.520/02”. O relator anotou que o caso requeria uma avaliação específica da interpretação conferida ao art. 7º da Lei 10.520/02, pelo qual – para os ilícitos que enumera – o licitante “ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”. Sobre o assunto, lembrou que o posicionamento doutrinário majoritário é que a punição pautada na Lei do Pregão aplica-se para todo o ente federativo aplicador da sanção. Assim, a aplicação da referida pena “torna o licitante ou o contratado impedido de licitar e contratar com a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como com as entidades vinculadas, nomeadamente, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou do contratado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). O licitante ou contratado impedido, nessas condições, não estará proibido de participar de licitações e contratar com órgãos e entidades da Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal”. O Plenário, acompanhando a proposta formulada pelo relator, acolheu parcialmente os

embargos, promovendo alterações no acórdão recorrido, mantendo o juízo pela improcedência da representação original, desta vez, com base em entendimentos esposados na jurisprudência do TCU, no sentido de que a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito interno do ente federativo que a aplicar¹⁵⁹.

Depreende-se desse julgado, portanto, que a conjunção “ou” constante do Artigo 7º da lei do pregão, ao determinar que o licitante “ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”¹⁶⁰, possibilitou a interpretação de que a sanção de impedimento impossibilita a sociedade empresária de licitar e contratar no âmbito do ente federativo em que foi penalizada e não em relação à administração pública em todas as esferas federativas.

No tocante ao artigo 7º da Lei nº 10.520/02, Abreu Júnior, corroborando com o entendimento do Tribunal de Contas da União, dispõe que:

[...] É imprescindível a observância da conjunção de alternatividade “ou” prevista pelo legislador no dispositivo citado, uma vez que com base no princípio federativo, cada ente possui autonomia política e administrativa, ou seja, um ente federativo não está obrigado a aceitar penalidade aplicada por outros entes, em nome de sua autonomia¹⁶¹.

Destarte, na visão do Tribunal de Contas, as sanções em estudo possuem efeitos bem definidos, sendo a Declaração de Inidoneidade a mais abrangente, já que abarca a União, os estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. A penalidade de Impedimento a segunda mais gravosa, uma vez que possui efeitos estendidos a todos os órgãos e entidades no mesmo nível federativo do ente sancionador. A de suspensão a mais branda dentre as três, visto que impossibilita a sancionada apenas em face do órgão aplicador da sanção.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2081 de 6 de agosto de 2014. Primeira Câmara. Ministro Relator Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 2014. Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão. Art. 7º.

¹⁶¹ ABREU JÚNIOR. Cláudio J. *Impedimento de licitar e contratar: observância da conjunção de alternatividade “ou”*, 2014. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/impedimento-de-licitar-e-contratar-observancia-da-conjuncao-de-alternatividade-ou/#.V-NQIFsrKM8>>. Acesso em: 6 jun. de 2016, p. 1.

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que possui como uma de suas atribuições primordiais exarar normativos disciplinando a matéria de licitações e contratações públicas, expressou-se de forma clara quanto a esse assunto no artigo 40 da Instrução Normativa nº 02/2010, transcrito abaixo:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

I – advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

§ 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹⁶².

Nesse sentido, destaca-se que o Ministério do Planejamento adotou expressamente a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, uma vez que diferenciou claramente os efeitos das sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade.

Observa-se que o §1º e o §2º do artigo 40 da instrução normativa em apreço dispuseram de forma mais clara ainda que a própria lei geral de licitações e contratos, uma vez que não se referiram à “administração pública” e à “administração”, mas sim determinaram de forma taxativa que a aplicação

¹⁶² BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-11-de-outubro-de-2010>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

da sanção de suspensão impossibilita o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção, e que aplicação da sanção de declaração de inidoneidade impossibilita o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ainda sobre o entendimento do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, há de se destacar que esse Ministério recomendou expressamente em seu caderno de logística que, em que pese a divergência existente entre os tribunais superiores e o Tribunal de Contas da União, seja adotado o posicionamento desta corte de contas¹⁶³.

A Advocacia Geral da União – AGU possui entendimento semelhante ao do Tribunal de Contas da União e do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, dispondo que os efeitos de cada uma dessas sanções possuiriam âmbito de incidência específico.

No Parecer nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, determinou-se que:

9. As sanções dos incisos III e IV guardam um distinto grau de intensidade da sanção que deve ser preservado pelo intérprete, principalmente ao se considerar que referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção, tendo ao contrário adotado o denominado tipo aberto, no qual a descrição da conduta é extremamente ampla, o que permite ao aplicador do Direito larga margem de atuação no tocante à posterior adequação típica da conduta praticada em concreto.

10. Portanto, se diante desse quadro, ainda for se admitir que o alcance de ambas sanções é o mesmo, praticamente não mais haverá distinção entre essas

¹⁶³ “No momento da elaboração deste documento, o Superior Tribunal de Justiça entende que a sanção de suspensão se aplica a todos os entes federados, enquanto o Tribunal de Contas da União tem posicionamento no sentido de que a sanção fica adstrita apenas ao órgão que aplica a sanção. Recomenda-se a adoção do posicionamento do TCU, sem prejuízo da consulta ao órgão de assessoramento jurídico respectivo acerca da questão”. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. p. 28. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 25 jun de 2016.

sanções, o que milita contra a dosimetria da pena e, por consequência, contra a necessária proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade.

11. Além disso, chamo a atenção para o fato de que a sanção prevista no inciso III do artigo 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta de governo.

[...]

49. Pelo exposto, deve-se concluir que:

- a) O artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas em licitações e contratações do ente responsável pela aplicação de sanção;
- b) O artigo 7º da Lei nº 10.520/02 somente veda a participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal se a penalidade houver sido aplicada por ente federal¹⁶⁴.

Dessa forma, observa-se que no parecer em epígrafe, a Advocacia Geral da União-AGU foi explícita na diferenciação dos efeitos das sanções de suspensão temporária, de declaração de inidoneidade e de impedimento, adotando, portando, a jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União – TCU.

4.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle

O Superior Tribunal de Justiça – STJ possui entendimento diferente do exarado pela jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União – TCU quanto aos efeitos das sanções previstas nos incisos III e IV, do artigo 87, da Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993, e do artigo 7º, da Lei n 10.520, de 17 de julho de 2002.

A jurisprudência desse tribunal superior posiciona-se no sentido de ampliar os efeitos da penalidade de suspensão temporária, uma vez que a quebra da confiança em relação ao órgão sancionador deve ser levada em consideração na participação em certames licitatórios e na celebração de

¹⁶⁴ BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17775171>. Acesso em: 23 set. de 2016.

contratos administrativos com outros órgãos e entidades que compõem a administração pública.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em 27/08/2013, no bojo do Mandado de Segurança n 19.657/DF, que:

A suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a administração pública não se restringe ao estado que aplicou, mas se estende a todos os órgãos públicos, federais e dos demais estados

Assim, é lícita a inclusão do nome da empresa no Portal da Transparência e no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), geridos pela Controladoria-Geral da União (CGU), que pode firmar acordo de cooperação com os estados para trocas de informações¹⁶⁵.

Depreende-se, assim, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, caso uma empresa seja penalizada com uma suspensão por um órgão do governo federal, essa encontrar-se-ia impedida de licitar com qualquer integrante da administração pública, em todas as esferas federativas, uma vez que essa penalidade ensejaria o cadastro das empresas Portal da Transparência e no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), que são consultados em qualquer licitação realizada no país.

Nesse mesmo sentido, decidiu o referido tribunal superior no Recurso Especial 151567/RJ, de relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins, no qual se entendeu pela inexistência de diferença entre os termos “administração” e a “administração pública”, razão pela qual não haveria motivos para a distinção dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade¹⁶⁶.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Mandado de segurança nº 19.657. Brasília, 14 de agosto de 2013.

¹⁶⁶ “É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação – inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras [...] A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções para melhor atender o bem comum [...] A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp nº 151567/RJ. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. Brasília, 14 de abril de 2003.

Conclui-se, pois, que, para o STJ, tampouco haveria distinção entre as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93 no que diz respeito aos órgãos e entidades em face dos quais essas penalidades seriam válidas. A distinção entre essas limitar-se-ia, portanto, ao prazo de inabilitação e à autoridade competente para aplicá-las, conforme dispõe o artigo 87 da lei geral de licitações e contratos.

Nesse sentido posicionou-se Carvalho Filho:

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data vênua, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é uma, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.¹⁶⁷

Observa-se, portanto, que, segundo o autor, as condutas que ensejam a aplicação da penalidade de suspensão são consideradas graves, e, portanto, o efeito punitivo não pode se limitar apenas ao sancionador. Estendem-se, dessa forma, os efeitos dessa sanção, atribuindo-lhes as mesmas consequências da declaração de inidoneidade.

¹⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213.

O Ministério da Transparência, anteriormente denominado de Controladoria Geral da União -CGU, também se posicionou, quanto ao tema em apreço, da mesma forma que o Superior Tribunal de Justiça.

Por intermédio de Memorando Circular do Consultor Geral da União, destinado aos órgãos consultivos da esfera federal, juntamente com cópia do Parecer nº 087/2011/DECOR/CGU/AGU168, esse órgão determinou que, no tocante à abrangência, não há diferença entre as penalidades de Suspensão Temporária de Participação em Licitação e Impedimento de Contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, e Declaração de Inidoneidade para Licitar ou Contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, previstas respectivamente nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei 8.666/93.

Dessa forma, observa-se que ambos os órgãos conferem efeitos amplos à sanção de suspensão, igualando os efeitos de incidência dessa penalidade aos dispensados à declaração de inidoneidade.

4.3 O conflito entre o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU e do Superior Tribunal de Justiça – STJ e a viabilidade jurídica da uniformidade dos efeitos das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002

Diante de todo o exposto, identifica-se que a adoção do posicionamento do Tribunal de Contas da União ou do Superior Tribunal de Justiça pode acarretar consequências de grande relevância no âmbito jurídico, uma vez que os efeitos da penalização diferem-se de acordo com a corrente adotada pelo órgão ou pela entidade sancionadora.

¹⁶⁸ “SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. ART. 87, III, DA LEI N 8.666/93. EFEITOS SUBJETIVOS AMPLOS. A suspensão temporária de licitar e contratar prevista no art. 87, III, da Lei n 8.666/93 possui alcance subjetivo amplo, impedindo as empresas punidas de licitar e contratar com toda a Administração Pública brasileira, e não somente com o órgão sancionador”. BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer n.º 087/2011/DECOR/CGU/AGU. Dispõe sobre os efeitos da sanção de Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93). 11 nov. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9664342>. Acesso em: 22 set. de 2016.

Caso se entenda pela restrição dos efeitos da suspensão, diferenciando-os dos atribuídos à declaração de inidoneidade e ao impedimento, uma empresa suspensa por um órgão poderia perfeitamente participar de certames licitatórios e contratar com quaisquer outros órgãos da administração, em todas as suas esferas, à exceção do próprio sancionador.

Contudo, caso se observe a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma empresa penalizada com base no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, encontrar-se-ia inabilitada perante toda a administração pública.

Nesse ponto se encontra a grande necessidade de uma padronização das decisões do poder público quanto ao tema, visto que as decisões díspares verificadas hodiernamente representam um grave risco à segurança jurídica das licitantes e contratadas, e, inclusive, dos representantes da administração na condução de certames posteriores à sanção.

O parâmetro atual, no qual se atribuem a institutos jurídicos sancionatórios idênticos consequências distintas, representa elemento de insegurança jurídica, pois as empresas podem ser penalizadas de forma mais gravosa pela mesma sanção, isso dependendo do entendimento da unidade que aplica a sanção.

Nesse sentido, destaca-se que a atividade hermenêutica literal das legislações que regem a atividade sancionadora administrativa acarreta entendimento idêntico ao que tem sido adotado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, contrapondo-se assim ao que dita o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Partilha desse posicionamento Ronny Charles:

[...] diante da necessidade de utilização de proporcionalidade na aplicação da penalidade e a pouca coerção, na prática, conseguida tão somente pela aplicação da advertência e multa contratual, acreditamos que o entendimento abraçado pelo TCU está correto, pois permite uma ampliação dos parâmetros de aplicação das penalidades, sem permitir exageros. Lembramos que a suspensão pode ser aplicada pela autoridade responsável pelo procedimento, mesmo quando realizado

em um pequeno órgão, motivo pelo qual admitir que tal manifestação criasse um empecilho nacional para participação em procedimentos licitatórios, parece criar uma perspectiva de pouca razoabilidade e até dar ensejo a punições indevidas, com o objetivo de restringir a participação de empresas contratadas em outros certames de maior relevância¹⁶⁹.

O entendimento de que a suspensão impede o apenado de contratar e participar de licitações com o órgão ou entidade sancionadora, e a inidoneidade, com toda a administração pública, entendida esta, de acordo com a literalidade do artigo 6º, XI e XII da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Assim, corroborando com o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, dispôs Marçal Justen Filho:

A suspensão temporária de participar em licitação e a declaração de inidoneidade (inciso IV) acarretam efeitos similares. Nos dois casos, veda-se ao particular a participação em licitações e contratações futuras. É possível estabelecer uma distinção de amplitude entre elas. A suspensão do direito de participar de licitação produz efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar; a declaração de inidoneidade abarca todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inciso III utiliza apenas o vocábulo “administração”, enquanto o inciso IV contém “administração pública”¹⁷⁰.

Em relação à sanção de impedimento, o próprio texto da lei define o âmbito de aplicação da sanção, tendo em vista que dispôs expressamente que o impedimento abrangerá a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, o que representa que a incidência do artigo 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, no que se refere aos efeitos da penalidade, é inerente à esfera federativa do órgão ou entidade que aplicou a sanção.

Portanto, a título exemplificativo, caso a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL aplique essa sanção a algum contratado, este ficará impedido em relação a qualquer órgão federal, uma vez que a entidade

¹⁶⁹ CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 430.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 482 e 483.

sancionadora é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério das Comunicações, portanto, entidade da União.

Diante de todo o exposto, observa-se que se deve atribuir à lei interpretação de cunho a torná-la efetiva, dando a máxima relevância possível para o texto legal. Ou seja, considerando as sanções administrativas e principalmente a gradação que a legislação concedeu a elas em decorrência da gravidade dos descumprimentos contratuais, não se pode admitir que uma sanção menos grave, no caso a Suspensão, possua aplicabilidade idêntica a uma mais grave, a Declaração de Inidoneidade.

O dispositivo legal não contém palavras inúteis ou desnecessárias, por isso há de se utilizar a diferenciação de “administração” e “administração pública” da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, no tocante ao âmbito de incidência das sanções administrativas.

O entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Advocacia Geral da União – AGU parece-me como o mais adequado juridicamente, uma vez que se diferencia e se delimita a abrangência dos efeitos da Suspensão, da Inidoneidade e do Impedimento.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ não se mostra como o mais adequado ao tema das sanções administrativas, considerando a insegurança jurídica que se ocasionaria ao estender-se os efeitos de uma sanção menos gravosa ao mesmo patamar de uma penalidade expressamente mais gravosa e de consequências mais prejudiciais ao interesse público. Caracterizar-se-ia, dessa forma, um elemento de insegurança jurídica.

Assim, diante de todo o exposto, conclui-se que a aplicabilidade das sanções de suspensão temporária, de declaração de inidoneidade e de impedimento de licitar e contratar ocorreria da seguinte forma¹⁷¹:

Quadro Demonstrativo

¹⁷¹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 25 jun de 2016, p. 14.

Abrangência	Sanção	Dispositivo Legal
ÓRGÃO SANCIONADOR: Ex: Ministério do Planejamento	Suspensão temporária de participar de licitação com a Administração Pública	III, do Art. 87 da lei nº 8.666/93
	Impedimento de contratar com a Administração Pública	III, do Art. 87 da Lei nº 8.666/93
ENTE DA FEDERAÇÃO: Ex: UNIÃO, ESTADO, DISTRITO FEDERAL OU MUNICÍPIO (de forma isolada)	Impedimento de licitar com o ente federativo sancionador	Art. 7º da Lei nº 10.520/02
	Impedimento de contratar com o ente federativo sancionador	Art. 7º da Lei nº 10.520/02
TODOS OS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	Declaração de Inidoneidade	IV, do Artigo 87 da Lei nº 8.666/93

Entende-se, conclusivamente, que a delimitação dos efeitos de cada uma das sanções em epígrafe corresponde à adequada interpretação da legislação, da jurisprudência e da doutrina especializada, de forma que a penalidade de declaração de inidoneidade impossibilita a participação em licitações e a contratação com a administração pública de todo o país, a sanção de impedimento com toda a esfera federativa da unidade penalizante e a suspensão unicamente com o órgão ou entidade sancionadora.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho acadêmico, asseverou-se que as sanções administrativas são um relevante instrumento na garantia do regular desenvolvimento dos certames licitatórios e das contratações administrativas, uma vez que buscam a estabilização das relações jurídicas diante do cometimento de ilícitos administrativos pelas sociedades empresárias em determinada licitação ou contrato.

Ratificou-se, dessa forma, que as licitações e os contratos são instrumentos essenciais na garantia do interesse público, visto que afastam a arbitrariedade do administrador nas compras e alienações realizadas pelo poder público. Pôde-se demonstrar, ainda, que a administração pública, na busca pela satisfação do interesse público, deve obedecer a regras pré-estabelecidas, de forma que evitem favorecimentos pessoais ou desvios de finalidade.

Nesse sentido, o capítulo 1 buscou analisar os aspectos gerais das licitações e contratos administrativos, de forma que se verificou que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, representou um grande avanço na padronização dos processos administrativos licitatórios e de contratação, constituindo-se como fator de impessoalidade nas contratações, uma vez que positivou os procedimentos pelos quais o administrador público deve pautar-se e conferiu maior transparência e controle nas aquisições públicas.

Observou-se que a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu a modalidade licitatória pregão, destinada à contratação de bens e serviços comuns, adveio com o intuito de proporcionar maior celeridade às licitações, ocasião em que se analisou o período histórico de sua promulgação e a sua relação com o Princípio da Eficiência.

Concluiu-se, portanto, que a inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas foi fundamental na celeridade da prestação dos serviços pela administração pública, tendo em vista que a administração passou a analisar a documentação de habilitação apenas da proposta mais vantajosa, otimizando-se, assim, tempo e recurso público, uma vez que nas

outras modalidades licitatórias se verifica previamente a habilitação de todas as empresas interessadas e posteriormente se analisam as propostas, para então haver a adjudicação do objeto licitado.

Ainda no capítulo inicial, comprovou-se a importância da atividade fiscalizatória da Administração Pública, já que se caracterizou o poder-dever de se instaurar um processo administrativo apuratório específico e de se aplicar as sanções administrativas no caso de descumprimentos contratuais e editalícios.

Assim, destacou-se que, verificada a ocorrência do descumprimento de um contrato administrativo ou de uma regra de um processo licitatório, o administrador tem o poder-dever de instaurar processo específico para apurar o inadimplemento, observando-se os princípios constitucionais e do Direito Administrativo que guardem relação com os processos punitivos.

Em relação ao segundo capítulo, demonstrou-se a importância de alguns princípios no processo administrativo sancionador, abordando-se as principais peculiaridades dos Princípios da Legalidade, da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Motivação e da Discricionariedade.

Entendeu-se, portanto, que, em que pese os administradores públicos detenham o incontestável poder-dever de apurar e de punir quaisquer inadimplementos contratuais, tal procedimento deve obedecer às regras legais e aos princípios de defesa que protegem os sancionados.

As sanções administrativas constituem-se em uma grave incidência do Estado em direitos de particulares, por isso os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser amplamente assegurados na apuração de ilícitos administrativos.

No capítulo 3, ao analisarem-se as principais leis que regem o tema de licitações e contratos no Brasil, observou-se que tanto a lei geral de licitações e contratos quanto a lei do pregão previram a aplicação de sanções administrativas nas hipóteses de descumprimentos contratuais.

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, não se limitaram, portanto, a orientar o processo de aquisição e

contratação da Administração Pública, no tocante aos tipos e modalidades de licitações e aos contratos administrativos, mas também se preocuparam em descrever penalidades àqueles que cometem infrações administrativas.

Percebeu-se que a previsão do estabelecimento de sanções é primordial para o cumprimento do objetivo das leis mencionadas, pois o interesse público deve ser protegido de todo e qualquer ato que estabeleça desvios de finalidade pública.

No derradeiro capítulo, analisou-se o entendimento de alguns órgãos públicos da administração pública federal, e destacou-se que a atividade hermenêutica literal das legislações que regem a atividade sancionadora administrativa acarreta entendimento idêntico ao que tem sido adotado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, contrapondo-se assim ao que dita o Superior Tribunal de Justiça – STJ, de forma que se diferencia e se delimita a abrangência dos efeitos de cada uma das sanções previstas nos incisos III e IV, do artigo 87, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Asseverou-se, então, que a delimitação dos efeitos de cada uma das sanções de suspensão, de declaração de inidoneidade e de impedimento corresponde à adequada interpretação da legislação, da jurisprudência e da doutrina especializada, de forma que a penalidade de declaração de inidoneidade impossibilita a participação em licitações e a contratação com a administração pública de todo o país, a sanção de impedimento com toda a esfera federativa da unidade penalizante e a suspensão unicamente com o órgão ou entidade sancionadora.

Diante de todo o exposto, concluiu-se que o estudo das sanções administrativas é de imensa importância na preservação do interesse público, e, diante das divergências ainda existentes quanto aos efeitos de cada penalidade, que se deve atribuir à lei interpretação de cunho a torná-la efetiva, dando máxima relevância possível para o seu próprio texto. A partir disso, observou-se que o legislador conferiu um âmbito de incidência específico para cada sanção.

Por fim, ressalta-se que o intuito deste trabalho dirige-se à conscientização da necessidade da constante atualização do administrador público quanto ao tema em apreço, de forma que este permeie as suas decisões de acordo com os ditames legais, do edital, do contrato e principalmente com a razoabilidade e com a proporcionalidade, atuando sempre na busca incessante pela satisfação do interesse público dos administrados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Eliane Régis de. *O processo de sanção administrativa como instrumento de preservação do interesse público na relação entre a Administração Pública e as empresas licitantes: uma análise prática da aplicação da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002*. 59 f. Monografia/Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2015.

ABREU JÚNIOR. Cláudio J. *Impedimento de licitar e contratar: observância da conjunção de alternatividade “ou”*, 2014. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/impedimento-de-licitar-e-contratar-observancia-da-conjuncao-de-alternatividade-ou/#.V-NQiFsrKM8>>. Acesso em: 6 jun. de 2016.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer n.º 087/2011/DECOR/CGU/AGU. Dispõe sobre os efeitos da sanção de Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93). 11 nov. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9664342>. Acesso em: 22 set. de 2016.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17775171>. Acesso em: 23 set. de 2016

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986. Estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos revogado. Brasília, 1986.
BRASIL. Decreto nº 3555 de 8 de agosto de 2000. Regulamentação da modalidade de licitação pregão. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 6 jun. de 2016

BRASIL. Decreto Lei nº 5.450 de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações.

BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-11-de-outubro-de-2010>>. Acesso em: 23 set. de 2016

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014.

Disponível em

<<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 25 jun de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp nº 151567/RJ. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. Brasília, 14 de abril de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 914087/RJ. Ministro Relator José Delgado. Brasília, 29 de outubro de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Mandado de segurança nº 19.657. Brasília, 14 de agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n 538 de 17 de fevereiro de 2009. 1ª câmara. Brasília, 2009. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 902 de 18 de abril de 2012.

Primeira Câmara. Ministro Relator José Jorge. Brasília, 2012. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3243 de 28 nov. de 2012. 2ª

Câmara. Ministro Redator Raimundo Carreiro. Brasília, 2012. Disponível em

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.017 de 12 de março de 2013. Primeira Câmara. Ministro Relator Valmir Campelo. Brasília, 2013.

Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 set. de 2016

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 842 de 10 de abril de 2013.

Primeira Câmara. Ministro Relator Raimundo Carreiro. Brasília, 2013.

Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 23 set. de 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. *Abrangência da Declaração de Inidoneidade para Licitações*. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/23262>>. Acesso em 08 de setembro de 2015

CHARLES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e Contratos: Lei nº 8.666/93*. 16. ed. São Paulo: Fórum, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANJEIRO, J. Wilson. *Administração Pública*. 14. ed. Brasília: Gran Cursos, 2010

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos e administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOURA, Rodolfo André P. *Licitação: abrangência das penalidades – Lei 8.666/1993 e 10.520/2002*. 2014. p. 02. Disponível em <<https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/artigos/licitacao-abrangencia-das-penalidades-lei-866693-105202002/>>. Acesso em: 23 set. de 2016

OLIVEIRA, José Carlos. *Sanções Administrativas e Crimes Licitatórios. Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública*. 1. ed. São Paulo: Unesp Corporativa, 2012.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. A rescisão unilateral do contrato administrativo pelo poder público: possibilidade, limites e consequências. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-rescisao-unilateral-do-contrato-administrativo-pelo-poder-publico-possibilidade-limites-e-consequencias,39717.html>>. Acesso em: 10 jul. de 2016.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMÕES, Odair Raposo. *Sanções Administrativas em contratos públicos*. 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25512/sancoes-administrativas-em-contratos-publicos>>. Acesso em: 4 jul. de 2016

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.